Holtius, Revue de Wolowski,
t. 46, p. 1–29.

Cauvet, des systèmes nouveaux
sur les Obligations Naturelles
dans le Droit Romain, en
Revue de Wolowski, t. 47 p. 193

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

NATURALI OBLIGATIONE.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

NATURALI OBLIGATIONE,

QUAM,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI,

HENRICI GUILIELMI TYDEMAN,

JUR. UTR. DOCT. ET PROF. ORDIN.,

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

PRO GRADU DOCTORATUS,

SUMMISQUE IN JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS,

In Academia Lugduno-Batava,

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

PUBLICO AC SOLENNI EXAMINI SUBMITTET

CORNELIUS GUILIELMUS OPZOOMER,

ROTERODAMENSIS.

DIE XXXI M. OCTOBRIS A. MDCCCXLV, HORA II.

IN AUDITORIO MAJORI.

LUGDUNI-BATAVORUM,

APUD J. H. GEBHARD ET SOCIOS,

BIBLIOPOLAS.

EX TYPOGRAPHEO J. G. LA LAU.

PARENTIBUS.

PRAEMONENDA.

Pauca sunt, quae lectorem monitum velim, ne de hocce qualicunque opusculo sententiam ferat iniquiorem. Non enim mihi proposui naturalis obligationis vim, quam habet in judiciis, explicare et interpretari omnia Romanorum Jctorum fragmenta, quibus de hoc argumento agitur. Ad hanc tantum quaestionem respondere conatus sum: Quid sit naturalis obligatio, quomodo judici dijudicandum sit utrum certa quadam specie exstet nec ne. Omnia enim, quae de hac re legeram aut ab aliis acceperam, plane incertum me reliquerant. Auribus quidem, et, si ita velis, animo inhaerebant juris naturalis et ae-

quitatis nomina et facillimum erat ad hos fontes remittere; verum distinctam et accurate definitam notionem mihi proponere ac cum aliis communicare, verbo, si in judiciis ad naturalem obligationem provocaretur, litem dirimere, hoc opus, hic labor erat. Nisi veterum instituta nostris legibus fuissent abrogata, judicibus suasissem, ut sibi non liquere faterentur. Nec tantum aegre tuli, quod nullis limitibus haec notio esset circumscripta, verum, quod multis fortasse grave videbitur peccatum, maxime displicuit ista ad aequitatem et jus naturale provocatio. Etsi enim philosophia juris mihi maximi videatur pretii, nulla tamen ratio est, quare fines turbari sinerem; immo summum est juris principium: suum cuique tribuere. Quapropter ferre non possum, si in judiciis, ubi de scripto tantum jure agendum est, de re plane diversa disceptetur. In rationem igitur inquirendum censui, quae juri naturali ac positivo intercedit, ut perspicuum fiat, unde repetenda sit naturalis obligatio. Nec cuiquam mirum videatur, si aliorum omnium opinionibus rejectis eam non nisi ex positivo jure ducendam censuerim. Quod quum ex generalibus juris principiis probasse mihi viderer, indicandum restabat, quomodo cum juris romani principiis et effatis cohae-

reret. De eo tamen hac Dissertatione exponere nolui, tum ne nimis ampla fieret, tum quia ex instituti regii annalibus acceperam, HOLTIUM Vir. Cl. disputationem habuisse de naturali obligatione in jure Romano, quae ante hujus anni finem collectaneis Amstelodamensibus inseretur. Quid autem de eo jure censeam posteaque demonstraturus sim paucis explicandum est. Censeo nimirum Romanos, qui jus naturale parum perspexerant, non accurate illud distinxisse a jure positivo. Ea quidem loca, quae fori usum spectant, plerumque cum nostro systemate conveniunt, et naturalem obligationem non nisi ex positivo jure repetitam proponunt; ea autem fragmenta quae magis disquirunt et explicant sine dubio remittunt ad jus naturale et pietatis causam. Quapropter ita existimandum est, nostram sententiam a juris Romani fragmentis longe discedere, ejus vero principia et fundamenta apud Romanos quoque inveniri, verum neglecta jacuisse.

De ipso argumento plura praemonenda non sunt. Solent autem qui Doctoris honores petunt gratum animum profiteri erga praeceptores. Quod si fiat non tantum ut moribus obtemperetur fortasse laudandum est, etiamsi parum valere videantur publica illa praeconia quae quasi consuetudine obtinuerunt. Qua-

propter ab ea discedendum censeo. Per sexennium, quod in hac universitate versatus sum, me plurima iis debuisse, facile intelligitur etiamsi ipse non divulgem. *Academiae* enim alumnus quid professorum debeat tum institutioni tum benevolentiae non verbis declarare debet, verum rebus ipsis ac factis ostendere.

I.

ARGUMENTUM. HISTORIA. CONSPECTUS.

Ad gravissimas et difficillimas quaestiones, quae in nostro jure possunt moveri, si eam quoque retulerim, ad quam hac Dissertatione respondere conabor, non vereor ne quis nimium argumenti mei laudatorem me vocet. Et gravissima quidem est, tum quoniam cum plerisque juris locis conjuncta esse vulgo censetur, tum quoniam cum eorum sententia optime convenit, qui scripta lege haud contenti ad jus quod dicunt vere humanum et naturale confugiendum existimant. Quum enim lex ipsa obligationibus, quae quin ex naturali jure ortae sint nullum erat dubium, maximam vim in judiciis concessisset, quasi disertis verbis aequitatem et humanitatem recepisse suaque auctoritate munivisse videbatur. Sin autem naturales obligationes ideo ex jure positivo repetendas esse pro-

baverim, quod in judiciis ad jus naturale una cum legibus provocari nequeat, universa ea doctrina cecidisse videbitur, quae juris fingit obligationes, ubi liberalitati omnia fuissent committenda, quaeque prae jure cerebrinam colit aequitatem. Quorum sententiae majorem, quam par est, auctoritatem tributam esse nullus diffitebitur, etiamsi ingenium Jctorum, ad fori usum praeprimis attendentium, et ipsis rebus quotidianis quid requireretur, quid innovari posset cernentium, impediverit quominus omnia sibi arriperet. Ex quibus satis patet, nos grave opus suscepisse, qui doctrinae, talia statuentis, ipsa fundamenta tollere conabimur. Nec minus difficile est. Quo plurium auctoritate systema quoddam probatum est, eo magis, licet principia forte falsissima sint, variae eaeque verissimae et indubitatae regulae ei immixtae sunt. Et quo magis ipsa illa principia recepta sunt, ita ut de nonnullis tantum conclusionibus ex iis petitis pugnetur, eo difficilius interrumpitur injusta eorum possessio. Idque hac in re accidit. Ipsum *naturalium* obligationum nomen suadere videbatur, ex naturali jure eas esse repetendas; de specialioribus sententiis disceptabatur; ipsum illud principium intactum manebat. Plures reperiebantur in jure Romano regulae juris, quae huic doctrinae favebant; inquirere, nonne apud Romanos quaedam tamen adessent quae ad alia omnia ducerent, plane negligebatur. Juris Romani praeceptis imbuti iisque summam obedientiam praestando assuefacti, quaestionem mittebant, nonne propria ejus instituta ad aliud inter jus scriptum et jus naturale vin-

culum duxissent, quam quod a nobis recipi possit; imprimis num ipsa rei natura niteretur. Tandem longe diversa de jure naturali sententia invaluit; quod Romani obscure tantum perceperant, quod vulgaris doctrinae vi erat quassatum, id distincte perspiciebatur et propugnabatur quam acerrime. At quid factum? Reconciliandi studium contraria tuebatur, et juri Romano aut obtrudebatur quod ab eo alienum est, aut ejusmodi adscribebatur auctoritas, quae quod ipsa ratione est praescriptum plane tollit. Nec philosophiae nec juris historiae illud fructus ferre potuit. Ex ipsis rationis principiis efficiendum fuisset quid unice verum videretur, et deinceps ostendendum, quatenus Romani quoque eadem agnovissent, quid autem impedivisset, quominus plane eandem proferrent sententiam. Quod autem antea neglectum est, id hodie suscipere, difficile certe censendum est. Qnod ne ita dixisse videar, quasi ipsa disputatio intricata sit et impedita, quae contra recta ac plana via procedere videtur. Receptis autem plures fidem habere solent, de eo parum solliciti, an alia fortasse via progrediendum sit. Nec eatenus tantum grave et difficile videtur quod nobis proposuimus, quatenus cum toto jure cohaeret, verum etiam si ad specialiorem quaestionem attendimus: Quid sunt naturales obligationes? Quae in patria nostra de ea re scripta sunt nullo nituntur fundamento, et ab omni parte indefinita apparent. Si hic illic de fontibus quaeritur, ex quibus hauriantur, ad jus naturale, ad aequitatem vel ad ipsam, quam vocant, rei naturam remittimur.

Imo ne prima quidem principia, quibus intra juris naturalis fines superstrui possit obligatio, exponuntur; judicis arbitrio cujusvis speciei judicium committitur. Arbitrium enim dicendum est, quod nullo principio, humana ratione probato, fulcitur. Nec eo usque alii procedunt; quaedam exempla sufficere censent. At vero si exempla afferre possunt, quidni generalem regulam commemorant, ex qua petita sunt? Sin autem generalem regulam tradere nequeunt, quo jure ea exempla ventilare audent? Nec cuiquam generalis videbitur regula, quae a VERNEDIO (ad a. 1395. C. C.) sic proponitur: Naturales obligationes in universum eae sunt obligationes, ad quas implendas quis jure cogi non potest (1). Quid enim? Num obligatio ex turpi causa, ex qua certe nemo cogitur, naturalis dicenda est? Et, si *nulla* hic adesse censeatur obligatio, nonne explicandum fuisset quid sit obligatio, et quo fundamento niti possint obligationes, quae nullam exactionem admittunt, et tamen magnam vim exercent in foro civili? Et si quis ad ea exempla attendat, valde dubito num generalem quamdam regulam invenire possit, ad quam singula referantur. Unde enim petita sit obligatio ad solvenda defuncti debita, cujus hereditatem repudiavimus, parum mihi liquere confiteor (2). Nec in Germania, ubi plures copiose et

---

(1) Natuurlijke verbindtenissen zijn in het algemeen alle zoodanige verbindtenissen, tot welker nakoming of vervulling men in regten niet kan gedwongen worden.

(2) A. VERNEDIO l. l. illud exemplum affertur.

docte de hac re egerunt (1), meliora docentur. Quod ab antiquioribus erat receptum: »natura debere et »jure naturali obligari idem valent (2)," id recentiores quoque probaverunt. Si quaerebatur an certa quaedam species naturalem contineret obligationem, semper primo loco disceptabatur de jure naturali; tum demum an civili quoque jure naturalis illa obligatio probata et munita esset, inquirebant, idque plures statuendum censebant nisi ipsa lex expressis verbis ei vim suam ademerat; alii contra naturales obligationes non nisi eatenus valere putabant, quatenus jus civile certam et distinctam vim iis tribuisset. Omnibus persuasum fuit, naturalem obligationem ad obligationes juris quidem esse referendam, verum, juxta civilem obligationem positam, minus tamen valere et maximo inprimis effectu, actione esse privatam. At vero sic non exponitur quid sit obligatio juris in universum; naturalis obligatio, quae, ut ostendemus, species est civilis, juxta eam ponitur; num adsit ex eo efficitur quid valeat in judiciis; quo autem nitatur fundamento, unde oriatur, quae sit ejus natura, utrum ex jure naturali an vero ex jure civili hausta sit, ho-

(1) Nota sunt, quibus usus sum, haec scripta: Weber systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, Ed. 4. 1805. Reinhardt die Lehre des Römischen Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und von der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere, 1827. De Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu, 1843. Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti, 1844.

(2) Donellus Comm. XII. 1. §. 5.

rum nihil traditur. Generalius fuit principium quam ut multum apud nos valere posset (1). Ad speciales autem regulas ubi tendebant juris auctores latere non poterat, eos aut plane sibi invicem contraria recepisse aut in ipsis principiis errasse. A duabus maxime partibus Jctos stetisse contendo; ab una parte Glossatores quique deinde de hac re ad WEBERUM usque egerunt, ab altera parte ipsum WEBERUM. In eo autem omnes consentiebant, ex naturali jure repetendam esse naturalem obligationem. Secundum illos autem ejusmodi obligatio, naturali jure nitens, nullam in foro civili vim exercere poterat, nisi ipsa lege expresse ei concessa esset. Ubi jure civili tota erat agnita, actionem producebat et exceptionem. A lege reprobata nihil valebat, ne exceptionem quidem dabat, quaeque ex ea soluta erant repetebantur. Sin autem lege non omnimodo reprobata, nec tamen confirmata erat, naturalis dicebatur obligatio haud reprobata, quae non quidem actionem, at tamen exceptionem suppeditabat. Ut vero dijudicaretur, ad quamnam speciem naturalis quaedam obligatio esset referenda, in ipsa lege erat inquirendum, utrum soluti retentionem concessisset

---

(1) Et adeo generale apud recentiores quoque invenitur, velnti apud CHRISTIANSEN Institut. des Röm. Privatrechts p. 290. »Die Bezeichnung *naturalis obligatio* enthält, wie *naturalis possessio*, immer nur eine negative Bestimmung, Verbindlichkeit nicht im höchsten, aber in irgend einem Sinne," et LUDEN das Retentionsrecht p. 90. »Der Unterschied zwischen der *civilis* und *naturalis obligalio* beruht doch ohne Zweifel darauf, dass die Stufe der Verbindlichkeit in manchen Fällen höher, in manchen geringer ist."

nec ne. Ita autem existimantes, vinculum juris, naturali tantum jure nitens nec civili lege probatum, plenam obligationem, quae jus agendi tribuit, nullo modo efficere, et tamen naturalem obligationem hac ratione definientes: »obligatio est, quae non quidem »confirmata nec tamen penitus sublata est," vel: »quae omni effectu haud destituitur," sibi ipsi obloquebantur. Sin enim obligatio ex naturali jure orta (haec enim unica censebatur naturalium obligationum origo (1)) haud penitus erat sublata, aliquatenus saltem sublata videbatur; et si non omni effectu destituta, aliquo tamen effectu destituta erat. Quum igitur non nisi jure civili sublata esset vel effectu privata, aut prius in jure civili subsistere debuerat, nec igitur ex mero naturali jure repetita esse (quod negabatur), aut in foro civili jam ob eam causam vim exercere, quod ex naturali jure profluxerat, ita ut juris civilis requireretur auctoritas, qua tolleretur illa vis (quod item negabatur). Nec dudum subsistere poterat quod se ipsum evertebat. Una alterave nostri dilemmatis pars recipi ac defendi debuit, et quidem, ut fert historia, utraque. Posterius, quod diximus, obligationem nimirum vel eam ob causam, quia ex naturali jure orta erat, nec in foro civili effectu destitui, WEBERO placuisse notissimum est. Jam in naturali jure, ut putabat, duo erant obligationum genera; unum earum quae exactionem admittunt; alterum earum, quae sin-

(1) Obligatio, ut ait BÖHMER, dicitur naturalis tantum, quae solo vinculo legis naturae nititur.

gulorum hominum animo relinquuntur. Illae ipso jure valent in foro civili, cumque habent effectum, ut vel actio inde prodeat; ad has autem nisi directa legis auctoritate munitas in judiciis provocari non potest. Si vero lex reprobaverit obligationem juris naturalis ad illud genus pertinentem, nihil apud judices valet; sin autem eam non nisi restrinxerit et actione tantum privarit, caeteri subsistunt effectus et integra est exceptio. Alterum systema ubique erat incultum; hoc contra quaqua parte elaborabatur. Quod autem ad ipsa principia attinet, unice fere certabatur de juris naturalis obligationibus in universum earumque vi in foro civili. In obligatione naturali reprobata et haud reprobata, licet ubivis in singulis speciebus dissentientes, magis tamen de ipso conveniebant principio, et hoc saltem sibi invicem concedebant, eam ex naturali jure esse repetendam.

Post WEBERUM alia deinceps proposita est sententia. CHRISTIANSEN, novissimus hac de re auctor, naturalem obligationem nullatenus cum civili conjunxit aut juxta eam posuit; contra, nihil ei videtur inter utramque commune, et vel obligationis generali nomine naturalem, quae dicitur, obligationem indignam censet. Nulla est, ut ait, in jure obligatio, quin exactionem admittat; hujusmodi autem obligatio non nisi ex civilibus legibus nascitur. At vero, si naturalis obligatio ab obligationis notione plane aliena est, unde tandem soluti retentio? Quia libera voluntate solutum est; qui solvit indebitum praestare voluit. At quomodo libera consistit voluntas, ubi

qui solvit ideo tantum praestat, quia se obligatum esse errore existimat? In qualitate tantum causae praeteritae versatur ille error, ita ut nullius momenti sit. Naturalis enim obligatio aeque ac civilis causa est praeterita, non quidem juridica, verum tamen naturalis. Ratio censenda est, qua obstricta est voluntas, si non jure, at saltem naturaliter. Haec autem ratio nec intra fines constitit Weberianos. Apud WEBERUM illae tantum obligationes, quae in naturali jure exactionem admittere censebantur, naturalibus obligationibus annumeratae sunt; plures autem relinquebantur quae nec in jure naturali exactionem patiebantur ideoque nihil cum naturali obligatione commune habebant, nisi disertis verbis lex praescripsisset. Hic vero nulla erat obligatio, quae ex communi hominum sensu nobis imposita censetur, quamque implere etiamsi nulla lege jubeatur honestum ducitur, quin naturalibus obligationibus annumeraretur. Plura de hoc systemate deinceps videbimus. Hoc loco indicasse sufficiat, illud in eo cum WEBERI doctrina convenire, ut secundum utriusque sententiam ad quaestionem, an certa quaedam species naturalem contineret obligationem, non ex jure civili, verum ex jure naturali esset respondendum.

At superest altera pars dilemmatis, quod supra commemoravimus, naturales nimirum obligationes minime ex naturali, verum unice ex positivo jure esse repetendas. Et ea est sententia, quam exponendam et defendendam censuimus. Jus naturale, aequitatem, humanitatem, ut verbo dicam, quidquid ipsis

legibus non est receptum et statutum, a judiciis profligare, iisque unicam, qua se tueri possunt, auctoritatem surripere, hoc est munus, quod suscepimus. Ex philosophiae juris principiis ad quaestionem nostram respondendum esse facile perspicitur. Inquirendum censemus, quid sit jus naturale et positivum? quae inter utrumque ratio? De quibus si viderimus, sponte sua, quid de naturali obligatione existimandum sit, appariturum esse confido.

II.

JUS NATURALE ET POSITIVUM.

Non opus est, ut fuse explicemus, quid sit jus. De juris notione ab antiquissimis inde temporibus acerrime disputatum fuisse constat. Nobis autem, KRAUSIO accedentibus, systema videtur externarum conditionum, quae requiruntur ut homo perfectior evadat. Finem, sibi propositum, ut vivat secundum rationem ac Deo fiat in dies similior, assequi non potest, nisi tum internae tum externae conditiones adsint, quibus in progrediendo possit adjuvari. Internarum systema ad morum doctrinam pertinet, externarum jure continetur.

At quidquid tandem de ipso jure censeatur, qualis sit ratio inter jus naturale et ipsam juris notionem, de eo magis inter se conveniunt philosophi ac Jcti. Duae quidem feruntur opiniones aeque improbandae, at jamdudum earum possessio interrupta est, nec

dubitamus, quin mox causa cadant. Sunt enim, qui, ne vires suas nimis intendant, simplicissima ratione agant, sibique hanc quaestionem proponant: quid in jure quo utimur non ex legislatoris arbitrio petendum est, verum, ut ita dicatur, per se ipsum patet? Hoc autem juri naturali accensent. Et ita lata fuit lex Francica, qua iis qui mortem civilem subierunt jura civilia adimuntur, quae autem ad jus gentium et naturale pertinent intacta relinquuntur (1). Recte enim observat SAVINIUS, hic jure naturali et gentium ea significari juris positivi instituta, quae facile per se ipsa intelligi censentur (2). Certa autem principia, quare hoc naturae consentaneum, illud arbitrarium dicatur, plane iis desunt (3). Nec tamen dubito, quin apud omnes, qui in animum suum inquirunt, constaturum sit, id saepius tamquam naturae consentaneum accipi, quod etiamsi injustum sit consuetudine munitum est. Nihil est quod vere per

(1) Projet de C. C. l. 1. a. 30. »ils sont privés des avantages du droit civil proprement dit," et a. 31. »ils demeurent capables de tous les actes qui sont du droit naturel et des gens."

(2) System II. 155. »Unvermerkt hat man dem Römischen Gegensatz den davon verschiedenen Gegensatz der mehr positiven and willkührlichen, oder mehr natürlichen und sich von selbst verstehenden Rechtsinstitute untergeschoben."

(3) Quousque in excludendo jure naturali processum sit et quam levi ratione, patet ex SAVINIO System V. 393. »Der Untergang der Obligation durch Confusion gründet sich blos auf das subtile Civilrecht." Quare enim subtile nec naturae consentaneum videatur, quod idem creditor et debitor esse nequeat, non intelligo. AHRENSIUM autem (Philos. du Droit p. 260.) eam sententiam amplexum esse demiror.

se ipsum intelligitur nisi quod solido suo fundamento superstructum sit.

Alii autem sunt, nec rari inter JCtos apparent, qui nondum reliquerunt futiles antiquorum sententias, qui jus naturale quaerebant extra fines civitatium, et abstrahendo, ut dicitur, assuefacti, procedere non poterant, nisi antea societatis vincula divulsissent. Status quidam fingebatur naturalis, injustitiae potius quam juris status dicendus. Quod non nisi in civitate valere poterat id naturali juri tribuere temerarium videbatur. Sin autem perspexissent, in civitate demum jus vere manifestari, ita ut, missa civitatis notione, ipsius juris natura tollatur, ipsi systema suum rejecissent, quod solido corpori abstrahendo et amputando ipsam vitam eripiebat. Cui bono jus naturale, quod nec nostris temporibus certas regulas praescribit, nec de futura aetate agit, cui appropinquamus, verum de temporibus fabulatur, quae, si unquam adfuissent, nunc certe diu praeterlapsa sunt?

Quapropter in jure naturali non de incerto tempore praeterito, sed de aetate futura agendum esse merito agnoverunt alii. *Perfectam* exponit juris speciem, a qua non recedimus, ut deteriores fiamus, sed ad quam tendimus, ut perfectionem assequamur. Omnia, quae homini imposita sunt, non nisi infinito tempore perfici possunt, ita ut absoluta eorum species proponenda sit, quae fines, quibus certo quodam tempore circumscriptus est, non curet. Quum autem ethica et jus eorum omnium

quasi formas et conditiones suppeditent, idem de his quoque valeat necesse est. Quemadmodum ethica homini non proponitur imperfecta, sed integra et perfecta, ita de jure quoque eadem ratione est agendum; uti ethices idea delineatur, ita juris quoque integra species, idea absoluta tradenda est. Sunt enim inter se quam conjunctissimae; utraque caeterarum omnium societatum, quae homines continent, quasi forma dicenda est; utraque vim suam in omnes exercet; eo tantum differunt, quod ethica ad internas, jus ad externas conditiones pertineat.

Haec igitur juris idea non in eo tempore quaerenda est, de quo nulla ad nos pervenit notitia; imago potius existimanda est, quae continuo nobis ante oculos esse debeat, quam contemplari debeamus per omne tempus futurum, ut jam hoc ipso tempore, quo nunc vivimus, magis ad eam conformemur et perficiamur. Nec inter hanc juris ideam et jus naturale ullum est discrimen. Jus naturale ad imperfectam rationem non attendit, qua certo quodam tempore jus ab hominibus agnoscitur, verum ad primum ejus fontem adscendit ejusque notionem puram et integram sibi proponere studet. Nec aliter fieri potest, quin, ut in caeteris omnibus, sic etiam in jure scientia inveniatur, quae nihil admittit, quod temporis vim debet subire, sed aeternam solam et immutabilem veritatem in se recipit. Progrediendum nobis esse quis dubitat? At quomodo et quorsum tendemus, nisi alia quaedam conditio nobis os-

tendatur, quam quae nunc nostra est quaeque pluribus vitiis laborat?

Et cum hac notione nomen quoque optime convenit. Quid enim aliud est jus naturale quam jus hominis natura innitens et ex ea repetitum? Hominis autem natura non informatur, si praesens ejus conditio delineatur. Haec enim effugit; quae in ea non sunt vera ac sempiterna evanescunt, et locum cedunt majoribus ac melioribus. Idea potius existimanda est hominis natura, quam semper ante se conspicit, ad quam autem quotidie accedit; perfecta species, quam vel hoc tempore, licet imperfecte, omnibus suis actionibus exprimit. Vera est hominis essentia, qualis in variis ejus ac diversis conditionibus sempiterna est, qualis id est quod homo vere est et fieri debet.

Qui igitur naturales obligationes ex naturali jure repetunt, non tantum jus positivum in judiciis valere censent, verum ad ideam quoque juris provocandum esse existimant. Quod num fieri possit, num simul exsistere queant, patebit, quum indicaverimus, quid sit jus positivum.

Quemadmodum enim non uno ictu fructus ad maturitatem perveniunt, nec saltus facit natura, ita homo quoque, licet ratione praeditus, infinito demum tempore ideam assequitur, quam continuo sibi proponere debet. Procul ab ea remotus, omnes tamen vires intendit ut eo perveniat, et quo magis indolem suam vere excolat, eo propius ad finem suum accedit. Si in una vitae suae periodo ad eam per-

tigerit perfectionem, quo illic perveniri potest, eam relinquit ut in aliam transeat, ubi idem processus denuo incipit. Nec aliud quid valet de jure. Juris idea homini semper ante oculos versatur; semper plura vitia ei indicat et ad emendationem eum adhortatur, nec tamen umquam perfecte ab eo exprimitur (1). Nihilominus ei appropinquare censendus est, et quotidie, licet forma propria ac nullatenus absoluta, eam actionibus suis manifestat. In quacumque vitae, ut ita dicam, juridicae periodo, id est in quacumque civitate, ad certum quemdam perfectionis gradum pervenire debet; sin autem in ea civitatis forma amplius procedere nequit, ad aliam formam necessario confugit. Quamobrem imperfecta illa ratio, qua juris ideam percipiat suisque factis exprimat, non extra jus naturale, sed potius intra ejus fines invenitur.

Haec autem ratio jure positivo exprimitur. Ad perfectionem suam homo tendit; ideo secundum eas

---

(1) Nec quisquam mihi objiciat verba KRAUSII in Abrifs des Syst. der Philos. des Rechtes p. 70. »Keinesweges stellt die Rechtsphilosophie die ewige Idee und das ewige Ideal des Rechtes dar als Etwas, dem sich das Leben überall und immer nur zu nähern vermöge, ohne es jemals zu erreichen und in sich zu fassen; sondern vielmehr giebt die Rechtsphilosophie die ewige Idee und das ewige Ideal des Rechts zu erkennen als einen wesentlichen, inneren, erreichbaren Theil des Einen Zweckes und Inhaltes des Lebens Gottes und der endlichen Vernunftwesen." Fateor enim haec minus plene et accurate conscripta esse. Quid vero de nostra re sentiat KRAUSIUS, recte videmur exposuisse, et brevissima, verum optima ratione indicatum est in: AHRENS cours de Phil. II. 308. Addatur Urbild der Menschheit p. 531 sqq. System der Sittenlehre p. 436 sqq.

notiones agit, quas sibi de ea perfectione, de fine sibi proposito, informaverit; quae quo clariores et puriores evadant, eo praestantiora erunt quaecumque moliatur. Quapropter externas quoque conditiones constituere conatur, quibus in progrediendo adjuvari possit; secundum jus vivere studet. Quemadmodum autem omnia ejus conamina ab iis pendent notionibus quas sibi de fine in universum sibi proposito informaverit, sic etiam quod in jure perficit melius erit aut deterius quo perfectiores aut imperfectiores de ipso jure notiones receperit, id est quo magis juris ideam, jus naturale, perspiciat, eo meliore jure utetur. Scientia quidem jus naturale delineat purum et absolutum, populus autem eo usque procedere nequit. Fabulis potius quae de aurea aetate feruntur, perfectam illam speciem annumerat, nec vitam suam secundum aliam normam componere potest nisi secundum imperfectam illam, quam ipse receperit. Jus itaque, quo populus utitur, quibuscumque tandem vitiis laboret, mero arbitrio adscribi nunquam potest. Intime cohaeret cum universo perfectionis gradu, quo in omnibus vitae suae partibus pervenit; nullus autem est, qui quod in doctrinis populus praestiterit mero ejus arbitrio imputet; quapropter nec in jure, quid de eo populus sentiat ac recipiendum existimet, ex ejusmodi fonte repetendum est.

Juris positivi fons uberrimus ac, primis saltem temporibus, naturae maxime congruus, consuetudo est. Si quis quid populo persuasum sit velit perdiscere,

ad facta attendat, quibus eam persuasionem exprimit. Qui quid de jure populus sentiat velit cognoscere, generales juris regulas quas receperit, ad speciales casus animum advertat et videat qua ratione eos dijudicet, ad specialem enim quamvis speciem generales illas regulas applicat. Si emtio venditio non tantum illud spectare populo videtur, ut emtori habere liceat, sed etiam ut res ei detur, id est ut ejus dominium transeat, sine dubio vetabit ne res alterius vendatur, nec ut actionem emti concedat exspectabit, donec evincatur. Si locationem conductionem bona fide niti censeat, contractui, antequam solvatur, opportune renuntiabitur. Quae decisiones, non verbis sed factis et rerum judicatarum auctoritate expressas, si saepius iterantur, ita ut nec imprudentiae nec quorumdam contrahentium arbitrio tribuendae appareant, sine dubio id, quod in iis generale est, in jus consuetudinarium ut certa regula recipi potest. Eaque juris regula singulos cives obstringit non ideo, quia plurium annorum usu munita est; hic enim valet quod ait HEFFTERUS, injuriam nimirum longaeva consuetudine firmatam numquam tamen juris habitum induere (1); verum ideo tantum, quia *juris* regula est, quia quid populo de jure persuasum sit ostendit. Communi autem populi voluntati singulorum civium voluntas obtemperare

(1) Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart p. 125: »Es muss auch den Staaten gesagt sein: hundert Jahr Unrecht ist noch kein Tag Recht."

debet. Consuetudinis vis eo tantum cernitur, quod probare possit, populi persuasionem in hac illave specie vere esse solidam ac firmatam.

Unum tamen est in consuetudine quod valde nociturum videtur. Sit licet uberrima et primis temporibus maxime consentanea, attamen eo incertior evadit, quo magis vita humana ab omni parte extendatur, id est quo magis proposito suo appropinquet. Quo ulterius cujuscunque rei in societate perficiendae fines proferantur, eo magis omnes hominis vires efflagitat eumque impedit, quominus caeterarum rerum, quarum populus curam gerit, particeps fiat. Quid autem de jure censendum sit distincte et conjuncte sibi proponere quum inprimis difficile sit, hoc saltem toti populo, aliis rebus intento, relinqui nequit; auctoque specierum numero, quae jure decidendae ac dirimendae sunt, juris ipsius ambitus latior fit, ita ut gravissimum sit verum qui inter quascumque regulas intercedit nexum reperire. Inde factum est, ut certo cuidam civium generi hoc opus mandatum sit, qui vitae tabernaculum in eo ponendum esse censuerunt. Jureconsultorum ordinem significo Hi enim totum jus amplectuntur; ubi unus locus alteri obesse videtur eique damnum minatur, reconciliationi et conjunctioni operam dant; ubi caeteris pugna apparet, ab iis plena singulorum praeceptorum concordia reperitur. Hac igitur ratione existit jus prudentium, cultiorum civitatium jus civile. Hoc jus, ut ait Pomponius, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte

aliqua non appellatur, ut caeterae partes juris suis nominibus designantur, sed communi nomine appellatur jus civile.

Hoc autem jus, a prudentibus compositum, nihil est nisi jus consuetudinarium. Non eam ob causam valent eorum sententiae, quasi ipsi legislativa quadam auctoritate essent muniti, verum ideo tantum, quoniam, dum ipse populus congrue ac concorditer exprimere nequeat, quid sibi de jure persuasum sit, non nisi prudentes illud munus suscipere et rite implere possint. At quo magis a publica civium vita remoti sint, eo difficilius iis erit, quid populo de jure videatur perfecte et plene in se suscipere, ut deinde contraria magis magisque tollant omniaque ad egregiam concordiam redigant. Accedit, quod traditionis vis quotidie magis appareat. Jureconsulti ad facultatem pervenire non possunt systematici totius juris vinculi reperiendi, nisi tum practica, tum etiam theoretica ratione erudiantur. Theoriae autem intenti summorum prudentium scripta pertractant. Ac fieri non potest, quin horum sententiae, idque propter magnam auctoritatem qua gaudet eorum nomen, et propter summa merita quibus vere excellunt, adhuc vigeant et recipiantur, quum ipsi populo jamdudum aliud quid persuasum sit. Sin autem alius Jctus populum processisse animadvertat et quod nunc ei persuasum est in se recipiat, ut illud tueatur eoque vincat quae ad praeterlapsa tempora pertineant, dissensus oritur et pugna. Nec quidquam dixi de propria cujusque prudentis indole. Variae ubique dotes; ab

una parte historia tantum, ab altera non nisi philosophia excolitur; illic theoria viget dum praxis negligitur; hic prae theoria in praxin duntaxat incumbitur. Quaquaversus omnia fiunt incerta, nec cuiquam mirum videbitur, si jus, a prudentibus compositum, ipsa sua natura minime idoneum censeamus, ut civium facta decidat eorumque lites dirimat.

Ex hisce patet, alia quaedam requiri. Cives, ubicunque quid agant, de quo in judiciis lis moveri possit, certi esse debent, quid de ea re civitas judicatura sit. Nec illud judicium tantum exspectare licet; principia juris, quibus nitetur, nota esse debent. Antequam judicis sententia pronuntietur, antequam negotia contrahantur, civitas quid sibi videatur distincte debet exprimere; et quod expresserit certum et ab omni vacillatione liberum esse debet. Necessariae fiunt leges, nec singulares tantum leges, hic illic jura sancientes, verum legum codices requiruntur, qui universum juris systema plene contineant. Vita civilis non hic illic, verum ubique certis principiis debet inniti. Plena codicum compositio finis sit necesse est, quo tendat civitas, ubi ad eum gradum pervenit, quo scriptum jus enixe efflagitatur. Et specialis duntaxat ac temporaria populi conditio legislatori jus potest tribuere, ut non nisi partim huic civium desiderio satisfaciat (1).

Eapropter munus quid de jure censendum sit pro-

(1) Et ita SAVINIUS quoque celebrem de codicificatione quaestionem intellexit, nec contra eam universe egit, sed tantum disceptavit

nuntiandi, suisque effatis civium actionibus modum praescribendi, a civitate uni pluribusve mandatum est, qui potestatis legislativae nomine insigniuntur. Una autem cum organo non etiam origo immutata est. Etiamsi alveum relinquat flumen et alia via fluere incipiat, eadem tamen aqua est. Societas legislatori numquam facultatem concessit, pro mero suo arbitrio fines ducendi, intra quos civium libertas contineatur, et adjumenta constituendi, quibus in progrediendo ad perfectionem uti possint. Ejus praecepta populum non ideo obstringunt, quoniam *illi* placuit talia statuere; sed quia voluntatem populi, id quod populo de jure persuasum sit, contineant, cujus voluntatis ipse non est nisi organon. In legibus enim populi voluntas conspicitur; si ab ea voluntate discedunt eive contrariae sunt, non amplius leges sunt nec populum possunt obstringere.

At vero magna hic exoritur difficultas. Si lex id exprimit, quod populo de jure persuasum sit, unde explicandum est, quod populi sensus plures leges quam vehementissime impugnet, imo adeo iis adversetur, ut tandem, etiamsi legislator nihil mutare voluerit, consuetudine quasi abrogentur (1)? Et si ideo tantum leges obstringunt, quia ex populi voluntate prodierunt, nonne cives, qui legibus obtemperare de-

„Vom Beruf *unserer Zeit*. u. s. w." Omnia autem turbata sunt, quum de eo nonnulli litigare inceperint, utrum codices adesse debeant nec ne, nulla temporum habita ratione.

(1) Notum est, quid de assignationibus sanciverit lex nostra, et quantopere ab eo deflectat mercatorum consuetudo.

bent, earum judices fiunt? Et revera nullo modo haec pugna tolli posset, nisi distinctione adjuvaremur, quae optime omnia reconciliare potest. Distinctionem significo inter id quod vere jus est quodque pro jure habendum est, id est, ut receptis utar vocabulis, inter jus reale et jus formale. Antiquam consuetudinem populus mittendam duxit, qua ipse suis actionibus duntaxat voluntatem suam exprimeret; probe percepit, suam voluntatem singulorum civium adversam voluntatem numquam vere esse victuram, nisi generalis illa voluntas distincte esset manifestata, idque satis perspicua ratione, ut nullus in judice error praesumeretur, simulque intellexit, eam nec pure nec congrue expressum iri, nisi paucis tantum illud munus mandaret. Hos igitur ejus, quod sibi ipsi de jure persuasum sit, quasi organa reddidit. Haec autem organa non esse perfecta nec plene civium desiderio satisfactura facile fuit praedicendum. Quapropter, etiamsi populus, nisi quod verum non sit verum reddere valeat, numquam possit statuere, suam voluntatem plene a legislativa potestate exprimi, hoc tamen postulat, ut quasi plene expressa censeatur, id est ita a judice consideretur. Quum legislatorem organon constituerit suae voluntatis ejusque effata jus formale declaraverit, necesse est, ut quaecunque eo organo prodeant juris formalis habeant effectum, quaecunque autem eo non pronuntientur extra formalis juris fines maneant. Usui hic venit quod scriptum est a MÖSERO, nihil scilicet referre, utrum jus reale, realis veritas adsit, quia certum jus postulat, ut formale sit jus et

veritas formalis quodcunque ea auctoritate munitum sit (1). Ex quibus patet, nulli ex civibus concedi, ut legum judex sit, quum contra ab omnibus non nisi obedientia postuletur, quoniam singuli quicunque cives totius civitatis voluntati obtemperare debent. Nec igitur quidquam refert, quid singuli cives aut judices de legibus existiment; praeceptum est, quod deesse nequit, nisi incertum jus populus restaurare velit, quod nostra lege receptum est, judici nimirum secundum legem sententiam esse dicendam, nec licere ut legem dijudicet utrum probanda sit nec ne (2). Universo autem populo legis judicium nullo modo denegari potest; nec tamen legibus vis sua eo tantum adimitur, quod populus ubicunque possit sententia sua eam improbet. Haec enim sententia non nisi jus reale spectat; ad jus formale nullatenus pertinet. Ut hoc quoque deleatur, necesse est, ut populus eam sententiam, quam verbis jam pronuntiavit (realiter), etiam factis suis (formaliter) pronuntiet, quod fieri non potest, nisi mandatum suum revocet, potestati legislativae non amplius concedat ut voluntatis suae

---

(1) Von dem wichtigen Unterschiede des wirklichen und förmlichen Rechts: »Es kann wirkliches Recht und wirkliche Wahrheit zum Grunde liegen; in der That aber kommt es hierauf nicht an; der Ausspruch verwandelt wirkliches Weiss in förmliches Schwarz, und umgekehrt. Denn es ist hier ein Nothrecht für die menschliche Ruhe, nach welchem nun einmal das förmliche Wahrheit, förmliches Recht seyn soll, was also dafür erklärt und ausgesprochen worden."

(2) A. 11. algem. Bepal. »De regter moet volgens de wet regt spreken; hij vermag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen."

organon habeatur, id est nisi publica instituta evertat. Antea autem quam ad tristem hanc publicae formae conversionem pervenerit, lex formaliter populi voluntatem repraesentat; cui si realiter adversetur, pugna tolli nequit nisi ab ipsa legislativa potestate.

Horum omnium summa est: Jus positivum illud exprimere censendum est quod populo de jure persuasum sit. Quum autem supra viderimus, hanc populi persuasionem certo quodam tempore nihil aliud esse nisi notionem, quam sibi de juris idea, id est de jure naturali, informaverit, et quam ipso eo tempore necessario recipiendam censuerit, eam summam sic mutare licet: Jus positivum non nisi temporarium jus naturale existimandum est, aut: Jus positivum organon est juris naturalis.

III.

RATIO INTER JUS POSITIVUM ET JUS NATURALE.

Quicunque in jure positivo nihil reperit nisi quarumdam regularum collectionem, quae plus minusve ex arbitrio legislatoris repetendae sunt, et ex quibus complures nihil cum jure naturali habent commune, ad aliud quoddam jus accessorium debet confugere, quod imperfecta suppleat, vitiosa minuat, nec quidquam magis ei arridere potest quam ipsa juris idea. Qui autem ex nostra sententia jus positivum censeat jus naturale, tempori adaptatum, jus naturale applicatum, ei vel primo intuitu sibi non constare videbuntur, qui positivum jus ac naturale velint conjungere. Nonne enim absurdum videtur, juxta jus naturale tempori adaptatum ad aliud jus naturale, tempori itaque non adaptatum, juxta jus naturale applicatum ad aliud quoque jus naturale, itaque non applicatum, provocare? Nonne sibi ipsi obloquuntur,

qui sententiam proferunt huc redeuntem: Populi voluntas unica lex est. Quod populus justum censet id positivo jure receptum est. Insuper autem populus obtemperare debet iis — quae ad jus pertinere non censeat, ideoque voluntate sua non complectatur? Si populus quidam, nondum excultus, polygamiam justam arbitratur, quis ei monogamiam quoque, idque eodem tempore, obtrudere poterit, ea specie quia jure naturali praescribitur (1)?

Nec est difficile ostendere, quantopere ejusmodi doctrina tum naturalis tum positivi juris natura negligatur. Si enim jus naturale nihil est nisi juris idea, ad hanc idealisticam ejus naturam non attendit quicumque in judiciis ad illud una cum positivo jure

(1) Ex hisce et similibus quaestionibus, quales sunt de matrimonio inter aguatos, de stupro, caeteris, apparet, quantopere improbandae sint antiquiores de jure naturali sententiae, et quam parum valuerint ad certam conclusionem perducere. Bigamiam a jure naturali repellere difficile videbatur. Libertas enim cujuscunque salva esse debuit, et si cum altera uxore contractae essent nuptiae, quod contractum esset debuit tenere. Utilissimum tamen imo necessarium ducebatur legis vetitum. Si hic illic a jure naturali censebatur aliena, ad matrimonii *contractum* provocabatur, quo perpetua fides erat promissa. Nec adulterium respuendum videbatur nisi eadem provocatione ad contractum. Contra stuprum autem nihil omnino videbatur dicendum. Quis enim sui ipsius corporis dominio posset privari? Nec ullus hic impedit contractus. De incestu quid fabulati sint plerique notum est. Ex nostra sententia omnia facile procedunt. Si finem, sibi propositum, homo assequi non potest, dum vigeant polygamia, incestus, adulterium ac stuprum; si itaque eorum condemnatio externa est conditio, quae requiritur ut homo fiat perfectus; statim apparet, ea a jure naturali quam maxime esse aliena, civitatemque, qua recepta sunt et sancita, parum adhuc in jure profecisse.

provocandum putet. Sit licet ad perfectam rerum speciem omnia nostra accommodanda sint, certo tamen quodam tempore eam recipere atque omnibus rebus imprimere non valemus. Imperfecta, qua vivimus, conditio, plura, quibus affecti sumus, vitia, historiae progressus quo continemur, haec omnia efficiunt, ut non nisi lento gradu ad jus naturale tendere possimus. Si de juris idea cogitamus, non quaerimus quae nunc nostra conditio sit, quia eam praeterlapsuram esse nobis constat; verum finis nobis ante oculos versatur, quem infinito tempore assequi debemus, et externas delineamus conditiones, quae ut ad illum finem accedamus necessariae sunt. Non est juris naturalis, ut animum ad imperfectam conditionem advertat ac rationem, qua ad ideam possit conformari; hoc est munus politices; est enim jus naturale ipsa illa juris idea. Et si vel unum duntaxat gradum profecerimus in via, in quam jus naturale nos vocat et quam politica nobis indicat, illum tamen locum jam reliquimus, unde progressi sumus. Si jus naturale jure positivo perfectius est, populus, si vel aliquatenus tantum juris naturalis effatis obtemperat iisque effectum praebet, ab imperfectiori conditione, a positivo itaque jure, jam recessit et ad majora progressus est. Systema autem, quod impugnamus, conjungit retardationem et progressum, imperfectam conditionem et perfectionem, iisque eodem tempore eundem locum assignat. Ad jus naturale provocat, sed juxta jus positivum; hujus plenam vim agnoscens, una etiam illi effectum concedit;

imperfectioribus plane deditus nec ea abrogare tentans simul meliora introducere conatur. Nec perspicitur, ita pugnam exortam esse, quae tolli nequit. An quis putat, imperfectiora pedententim esse abroganda, et quidem perfectiorum una receptorum vi? Attamen jam aliquatenus illa evanescere debent, ubi haec vel minimam, dummodo aliquam, vim exercent; et tamen adversariis nostris hoc proprium est, ut plenam juris positivi vim ne minima quidem ex parte delendam censeant. Et attendendum est civitatem, si ea legum mutatio et abrogatio sine legislativa potestate fieret, ab eo loco, ubi scriptum jus requiritur, ad inferiorem locum retrocessisse, ubi jus consuetudinarium aut prudentium satisfecerat.

Sed etiam positivi juris natura hoc systemate plane tollitur. Si verum est quod probare conati sumus, judicem in jure positivo nihil reperire posse nisi jus naturale, tempori adaptatum populique voluntate receptum ac perspicue pronuntiatum, quomodo juxta illud jus aliam quoque suarum sententiarum normam agnoscere posset? An vero ipse legislator hanc facultatem ei concedit? At ea ratione sibi ipse obesset, ipse se tolleret. Legem suam ita fert uti sese habet, quia existimat, juris ideam nulla alia ratione cum suo tempore ejusque conditione reconciliandam esse. Sin autem juxta eam legem vim tribuit juri naturali, ipse fatetur, juris ideam cum suo tempore alia ratione reconciliari non tantum posse, sed etiam debere. Ipse igitur agnoscit, legem suam, etiamsi pro jure habeatur, injustam esse, et etiam formalis

juris partem tollit quam in aliud jus formale transfert. Itaque sibi ipsi suisque civibus pugnam distincte ostendit, quae in suis legibus exstat inter jus reale et formale; nec tamen eam pugnam tollere ulla ratione conatur, quod facile potuisset id scilicet quod est realiter injustum etiam formaliter injustum declarando. Ab omni igitur parte suum ipse opus tollit ac destruit. Nec magis legibus suis satisfacit ei proposito, quo ut perveniatur, unice jus scriptum existit. Ei mandatum est, ut certum jus crearet; verum quod una manu aedificaverit altera destruere conatur. Ambitus juris naturalis et positivi juris idem est, et, etiamsi quod ad plenam perfectionem differant, circuitu tamen conveniunt. Utrumque systema est conditionum externarum, quae ut homo finem suum assequatur requiruntur. Ut hoc systema omnibus civibus probe innotescat leges postulantur, quodvis jus et quamcumque obligationem suis limitibus circumscribentes. Sed hoc prorsus tollitur, si juri naturali quidam effectus ipsa lege tribuantur. Tunc enim termini iterum amoti sunt, nec ullum est discrimen, nisi quod, antequam leges essent compositae, omnes, nunc autem nonnulli tantum, eique probe indicati, effectus incerti sint. Sin autem accurate lex proponat, quid significet jure naturali, id est non definitione, quae in compendiis quidem, at non in codicibus usu venit, verum diserta explicatione et descriptione cujusvis juris ac obligationis, quae juri naturali inniti censet, et quorum receptionem suo tempori idoneam arbi-

tratur (1), necesse est ut alterutra ratione sibi obsit, aeque perversa. Si enim jus positivum, quod jam constituit, revera sit jus naturale, quatenus ei suo tempori convenire videatur, iterum facit quod jam antea fecerat ac bis eadem repetit. Sin autem jus naturae, quod nunc expositurus est, a positivo jure quod antea sancivit, differat, duabus rebus diversis, imo inter se pugnantibus, eadem jura concedit, incidit in illam pugnam, de qua supra jam monuimus, nec minus, quod certe a legislatore non exspectabitur, aetatis adhuc futurae jus recipit.

Quae hucusque disputavimus, ad hanc conclusionem ducere videntur: Jus positivum et jus naturale simul in judiciis valere nequeunt. Jure autem naturali remoto, non opus est, ut etiam ethicen, humanitatem et aequitatem excludere conemur. Sin enim nec jus naturale hic valere potest, multo magis illis nulla vis concedenda est. Imo, si concedantur quae supra indicavimus, jus scilicet externas, ethicen autem internas conditiones spectare, etiam hoc concedendum est, ad ethicen, quidquid tandem de jure naturali censeatur, in judiciis, ubi de externis duntaxat quaeri potest, nullo modo provocandum esse.

At si quaeratur, quae tandem sit ratio inter jus positivum ac naturale, respondendum censemus, duplicem esse hanc rationem, ita ut jus naturale jus positivum tum agnoscat tum reformet.

---

(1) Nec enim eo perveniet, ut jura et obligationes agnoscat, quorum agnitionem suo tempori non consentaneam censeat.

Jus naturale debet jus positivum agnoscere, et quidem ob simplicissimam hanc rationem, quia quod sempiternum est aut inane est abstractum, ita ut proprie sempiternum, id est id quod vere manet, non sit, aut agnoscere debet quae sunt temporaria, quibus quovis temporis puncto se manifestat. In jure positivo se ipse conspiciat necesse est, nec aliud quid in eo reperiat nisi temporariam aeternae suae essentiae formam. Quapropter, nisi se ipsum evertere cupiat, juris positivi vim numquam minuat, sed potius summam obedientiam legi praestandam a quocunque cive requirat. Quod adeo in promptu est, ut vel adversarii nostri primum censeant juris naturalis praeceptum, civilibus legibus obtemperandum esse. Eos autem sibi ipsi constitisse, quum nihilominus ad jus naturale una cum jure positivo in judiciis provocandum censuerint, ex praecedentibus affirmari non potest. Ad juris naturalis naturam adeo pertinet, ut solummodo agnoscat, ut nec ipsa lex alios effectus ei concedere possit, nisi sibi ipsa obloquatur.

Nec alia est ipsius nostrae legis sententia, quod optime patet ex praecepto, quo consuetudini vel minima vis denegatur (1). Tale praeceptum deësse sine dubio nequit. Jus consuetudinarium, quod viget in populi actionibus, lege expressum est. Obstringit quia illud ex essentia sua exprimit; an et quatenus re expresserit parum interest. Num autem in praesentis

(1) A. 3. algem. Bepal. »Gewoonte geeft geen regt dan alleen wanneer de wet daarop verwijst."

duntaxat temporis usum exprimitur? Supervacuum hoc esset. Tempus futurum spectatur. Nec quidquam mutare potest consuetudo. Legislator enim qui quid populo de jure persuasum sit accurate proposuerit rem mittere nequit nec mutandi supplendive facultatem aliis mandare. Qui contendunt, leges quidem a legislatore ferri ac promulgari, consuetudini autem caetera omnia relinquenda esse, doctrinam proferunt haud meliorem antiquiorum philosophematibus, qui Deum mundum quidem creasse censebant, deinde autem sibi ipsi aut fato aut certis, quae dicuntur, legibus reliquisse, ita ut locum sibi inter spectatores quaesiverit. Porro, si consuetudini jus tribuatur leges mutandi, supplendi, abrogandi, quaestiones movendae sunt: Num quaevis cura legislatori erepta est? Quamdiu omnia mittere debet? Quando iterum agere ac praecepta dare ei licet? Quodsi igitur apparet, ne ullum quidem legislatorem consuetudini ejusmodi facultatem jure tribuere debere, nostrum autem expressis verbis denegasse, de jure naturali idem multo magis valet. Qualis enim inter consuetudinem et jus naturale ratio intercedit? Jus naturale est essentia, idea juris, systema eorum omnium, quae ex hac essentia repetuntur. Consuetudo est systema eorum omnium, quae ex hac essentia populus repetenda arbitretur, sive verum viderit sive erraverit; convenit igitur cum populi indole; est ut brevi dicam juris idea, jus naturale, quale populo videatur (1). Scien-

(1) Lex autem (recta aut erronea ratione) juris essentiam exprimit, qualis ea essentia (recte aut perperam) a populo percipitur.

tia, quae juris ideam puram ac plenam proponit, populum longe superat et plures errores in eo, quod populus de jure sentiat, reperit, quoniam ad ipsam juris essentiam ejusque fundamentum, Dei notionem, adscendit et ex ea omnia deducit, nihil curans, quid huic illive, quid plerisque videatur. Nonnulli igitur ex populo jus naturale absoluta, universus autem populus imperfecta ratione percipiunt. Si igitur legislator, cujus leges, quia populo inservire debent, cum ea juris ideae forma debent convenire, quae apud populum valet, huic viam praecludit, quomodo tandem eam formam valere permitteret, quae apud nonnullos tantum ex populo occurrit et ab iis ipsis tanquam finis civibus suis proponitur, quem infinito tempore assequi debent, nec certo quodam tempore assequi possunt? Sic maxime sibi obesset, et turpiter negligeret munus sibi impositum.

At vero ita juris processus videtur impeditus. Et revera nonnulli hoc existimaverunt, quapropter omni opera codicibus conficiendis adversati sunt, qui totum jus plene amplecterentur. Id summo jure agnoverant, una cum positivo jure consuetudinem valere non posse. Ubi autem consuetudinem, quae est jus naturale quatenus populo innotuit, rejecerunt, multo magis ipsum illud jus naturale a positivo jure plane repellere debuerant. Ad hanc tamen conclusionem non pervenerunt. Et in eo quoque errasse dicendi sunt, quod legum codicibus juris processum necessario impeditum esse putaverint. Quod nec cogitari posse alii contenderunt, qui provocarunt ad exemplum Romanorum. Legisla-

tor quot velit, ut aiunt, leges componat, fori usus eas rejiciet, quotiescunque impedimento esse videantur, nec liber populi animus ulla vincula feret, quae non ipse probaverit. Quapropter codicum compositionem supervacuam inprimis nec magni momenti censuerunt. Consuetudinem autem ubi juxta positivum jus nullo modo desiderari posse existimabant, ejus vim legitimam arbitrari debuerunt eique in jure positivo quoscumque effectus concedere. De jure naturali nihil adhuc erat decisum. In eo autem erraverunt, quod illum juris processum non nisi consuetudine perficiendum putaverint. Quod si ita esset, revera, quum jus positivum consuetudinem respuat neque eam juxta se ferre possit, aut codicum compositio perversa aut juris processus impeditus esset. Illud contendi non posse, supra apparuit, ubi indicavimus, quo magis jus excolatur, hoc magis legum codices requiri. At nec hoc concedi potest. Hic enim alterum juris naturalis effectum reprehendimus, et necessarium esse videmus, ut non tantum agnoscat jus positivum, sed etiam reformet.

Nulla lex cogitari potest, quae certo quodam temporis puncto juris ideam plane receperit et opus perfecerit, non nisi per infinitum tempus perficiendum. Ex quo statim sequitur quam necessarium sit ad meliora tendere ac recedere a legibus prius compositis. Lex quae non mutabitur est absurdum quid, quod vix cogitare possumus. Etiamsi expressis verbis lege quadam sancitum esset, ne umquam mutetur aut ne generalis sit mutatio, non video, quomodo tale prae-

ceptum ipsi legislativae potestati obesset. Ei mandatum est ut quid populo de jure persuasum sit exprimat, id est ut leges non tantum ferat ac promulget, sed etiam mutet et abroget. Nec nisi ex juris idea apparere potest, quam necessaria sit legis mutatio et quomodo debeat mutari. Jus naturale continuo finem debet ostendere, qui civitati propositus est; perfectionem, ad quam debet pervenire. Ex ea perfectione conficietur, quam imperfecta sit praesens conditio et qualis fieri debeat. Ut ipsa haec conditio qualis sit cognoscatur, missa quaestione utrum perfecta sit an vitiosa, historia requiritur, quae ostendit unde orta sit, et statistica quae eam exponit qualis nunc est. Quum igitur in universum negari nequeat, leges mutandas esse ac reformandas, politices est ut decidat, an jam nunc ei in universum agnitae necessitati obtemperandum sit, nec minus ut viam indicet, qua, si attenditur ad praesentem conditionem universam, non tantum quod ad ipsas leges attinet, de quibus quaeritur, mutatio optime possit institui (1). Est quasi reconciliatio historiae et statistices ab una parte, et juris naturalis ab altera. Numquam autem politices applicatio cuiquam committi potest praeter ipsum legislatorem. Et si ad hoc suum munus rite at-

(1) Si juris idea (der Urbegriff und das Urbild, die Idee und das Ideal), quam infinito tempore assequi debemus, cum praesenti nostra conditione (der Geschichtbegriff und das Geschichtbild) conferatur ac conjungatur, nova exoritur species, ad quam hoc ipso tempore progrediendum est, quae dici meretur: der Musterbegriff und das Musterbild, cf. KRAUSE Abrifs des Syst. der Logik p. 54 et 100.

tendat et rem sibi mandatam bona fide gerat, nullus est metus, ne umquam impediatur juris processus. Quomodo gerenda sit, facillime potest ostendi. Ipse quotidie reformare et emendare non potest; populus autem a progrediendo numquam desistit. Fori usus legem ferre nequit; vitia reperit; in ejus fraudem agere studet. Legislator hunc usum impedire non debet, donec quid requiratur perspicue pronuntiaverit, et quid desideret distincte professus sit. Tum ipse debet reformare, supplere, abrogare. Quodsi negligit, et quidem donec fori usus legem absque legislatore mutet, imperfecta est civitatis conditio ac valde aegrotat. Ita erat apud Romanos; et quod ad ipsam rem attinet consuetudo egregie perfecit quod ipsi legislatori perficiendum fuisset. Hoc autem nobis exemplo esse nequit. Alterutrum valet; lex populi de jure sensum aut exprimit aut non exprimit. Illo casu legem mutare non licet, hoc autem mutatio perficienda est. Donec autem lex mutetur, sanctissime ei obtemperandum est. Ab ea discedere nec tamen eam mutare mira est juris realis ac formalis confusio, et eodem redit ac si quis eodem tempore abrogare vellet ac defendere, delere ac tueri. Talem viam calcare non licet. Ex nostra sententia jus naturale finem indicet, consuetudo declaret cives ad illum finem velle procedere, legislator ostendat se hanc populi voluntatem percepisse eique obtemperaturum, idque simplicissima ratione, nimirum mutandis suis legibus, ubi cum populi voluntate non amplius conveniant. Quapropter minime tale institutum desideramus, quod

Romanorum Praeturae simile sit. Praetor enim cum legislativa potestate nihil habuit commune; non erat nisi organon consuetudinis, quae valebat praeter, imo contra leges (1). Eatenus tantum Praetorem nobis deësse dolemus, quatenus apud nos quoque organon requiritur, quo legislativae potestati innotescat, leges mutandas esse. Et persuasum nobis est, huic proposito optime inservire posse institutum, quale a SCHRADERO commendatum est.

Ex praecedentibus ita concludendum est: Ubi jus positivum viget, jus naturale valere nequit, nec aliud quid agere potest, nisi ut vitia legum indicet et una cum necessitate etiam finem mutationis ostendat.

(1) Ut jus civile adjuvaret, suppleret, corrigeret.

IV.

QUID SUNT NATURALES OBLIGATIONES?

Quum itaque nobis apparuerit, legislatorem generales omnes regulas, quas in leges suas receperit, ex jure naturali depromsisse, nec praeterea ullam vim juri naturali universe posse concedere, denique, in judiciis numquam ad juris naturalis effata provocandum esse, corruat necesse est opinio eorum, qui naturales obligationes, nomine circumscripti, ejusmodi obligationes existimant, quae non positivo, sed naturali jure nituntur. Si quis autem perspicere velit, quantopere ad sententias sibi invicem prorsus contrarias pervenerint, unum alterumve exemplum reputet, veluti minorum obligationem et praescriptionem. Quaerebatur, utrum minorum obligatio naturalis sit nec ne. Respondebatur ex jure naturali, obligationcm esse naturalem, dummodo minor revera animum habuisset se obligandi. Quo responso

res absoluta videtur. Sin enim lex ipsa ex naturali obligatione soluti retentionem concederet, hic autem naturalis obligatio reperiretur, conclusio videbatur expedita. Attamen, jure Romano coacti, hic non subsistendum esse censuerunt. Distinguebatur inter obligationes naturales receptas et reprobatas, in foro civili efficaces et inefficaces. Soluti quidem retentio naturalibus obligationibus universe erat concessa, nec verbum additum de receptione aut reprobatione, nec multum profecisse videbantur qui contendebant, naturales obligationes valere in foro civili, nisi ejusmodi sint obligationes naturales, quae in foro civili non valent; attamen sine illa distinctione principium defendi non poterat, in ipsum autem principium inquirere temerarium videbatur. Et forte defendi potuisset illa distinctio, idque secundum regulam juris, qua generalioribus specialia derogant, si huic illive naturali obligationi vis sua disertis verbis denegata esset, veluti si de minoribus dictum esset: minorum obligatio naturalis est, aut: minorum obligatio ne naturalis quidem est; verum ejusmodi legis praeceptum non inveniebatur. Eo provocabatur, quod certi quidam effectus, naturalibus obligationibus universe concessi, hac illave specie denegarentur; at quid conclusio de principiis decidere poterit? eaque denegatio nonne ipsa principiis nitebatur? Utrum naturalis obligatio ideo non existit, quia ejus effectus non reperiuntur, an vero effectus desunt, quia nec naturalis obligatio adest? Ubi autem diserti loci deërant, quibus de effectu quodam disceptatum es-

set, legibus tantummodo, uti apud nos, erant adstricti, et inquirebatur, utrum lex actionem tantum denegasset an vero obligationem vetuisset aut nullam declarasset aut personas contrahentium obligandi incapaces judicasset. Quod vero quid poterat probare? Hic quoque regula valere debuerat: Generalioribus specialia derogant. Ea autem legis dispositio, quae obligationem universe nullam declarat, generalius praeceptum est, quia ad *omnes* effectus pertinet; ea autem, quae propter naturalem obligationem *quosdam* tantum effectus concedit, praeceptum est specialius. Denique, etiamsi lex obligationem vetuisset, ex qua actio prodiisset, quid hoc nocere potuit obligationi ex naturali jure repetitae et effectui, ei ab ipso legislatore concesso? Nec ista ratione sibi in sua opinione constare videbantur. Scto Macedoniano v. g., Romanorum exemplo (1), naturalem obligationem non esse peremtam arbitrabantur. At quam ob causam? Quia Senatui tantum placuerat »ne actio petitioque daretur." At ita nullus hic fuit de naturali jure sermo.

Ad praescriptionem quoque attendendum est. Inter omnes receptum fuit, eam nullo modo ad jus naturale referri posse. Jus enim perimi posse non videbatur, quoniam certum annorum spatium, sit licet longissimum, praeterierat. Ex quibus statim efficiendum erat, post praescriptionem naturalem obligationem superesse. Idque plures defenderunt, probationis tamen gratia provocantes ad effectus, quos etiam post

(1) »Naturalis obligatio manet," fr. 10. de Sct. Maced.

praescriptionem percipiebant, nec minus ad effata jurisprudentium, qui praescriptionem aut ad solam actionem aut ad totam obligationem referebant. Alii vero, quibus item praescriptio non videbatur pertinere ad jus naturale, eam tamen jure gentium receptam censebant, ideoque naturalem obligationem manere negabant. Cujus igitur negationis haec causa fuit, quia jus positivum exceptionibus ex jure gentium depromtis talem vim tribuerat (1). Quare autem magis ad hoc juris positivi praeceptum quam ad dispositionem, quae est de ipsis naturalibus obligationibus, attenderetur, explicatione indigere non videbatur. Alii naturalem obligationem ideo rejiciebant, quia hic peremtoria exceptio aderat (2); alii denique eam ob causam, quoniam qui jus suum actione exercere neglexerit universum illud jus non curat, praescriptionis autem ea videbatur ratio, quod qui jus suum per certum tempus exercere noluisset, ei in futurum non liceret sententiam suam mutare (3). Unde autem hanc esse ejus instituti rationem perce-

---

(1) De Pfordten l. l. p. 28. recte ostendit Savinium confudisse jus positivum et jus civile, quod eodem redit ac confusio juris naturalis et juris gentium.

(2) Von Löhr in Archiv. f. Civ. Pr. X. 73.

(3) Kierulff Theorie des gem. Civilrechts I. 210 sqq. Christiansen l. l. p. 31 sq. Nec tamen hanc praescriptionis rationem possum concedere. Quid enim ubi creditoris plerumque non nisi negligentia et error reperitur, ejus voluntas faciat ad rem, non perspicio. Plures autem Jcti ubivis conantur, quoscumque juris effectus non nisi a creditoris sive a debitoris voluntate deducere.

perant? An ex lege? Quodsi ita sit, hic eadem valent, quae de minorum obligatione modo attulimus.

Systema igitur, cujus causa jam cecidit, ubi de philosophia tantum disceptavimus, nec ad quaestionem respondere potest, utrum certa quadam specie naturalis obligatio reperiatur nec ne. Quapropter ut ad aliam theoriam confugiamus necesse est. Quum autem nobis jam apparuerit, in judiciis provocari non posse nisi ad jus positivum, perspicuum est, ad quaestionem, de qua diximus, ex positivo tantum jure respondendum esse.

Et quidem ita censendum arbitramur: Quemadmodum civilis obligatio non est nisi obligatio, quae, legi innitens, ea lege plena vi munita est; ita naturalis quoque obligatio obligatio est, quae, aeque legi innitens, non plena sed minus plena vi munita est, et caret actione. Ad alterutrum igitur genus potest referri. Aut enim minus plena vis, qua utitur, superest ex plena vi, qua antea gavisa fuit; aut ab initio minus plena fuit. In jure Romano illius generis, secundum plerorumque certe sententiam, exemplum est in praescriptione; hujus autem in pactis. Posterius vero genus, ubi vis ab initio minus plena fuit, duas species continet. Fieri enim potest, ut lex obligationem constituat eamque minus plena vi muniat, dum sine expressa legis dispositione nullam omnino vim habuisset; exemplum iterum in pactis quaerendum est. At aeque fieri potest, ut obligatio, quae, si lex plane de ea sileret, plena vi usa fuisset, quoniam pertinuisset ad generaliorem ju-

ris regulam, ideo tantum absoluta auctoritate destituta sit, quia lex vim, quam habuisset, ei partim ademerit. Exemplo sit Sctum Macedonianum. Si Senatui nihil statuere placuisset, contractus ad generalem, quae est de mutua data pecunia, regulam referendus fuisset nec ulla vi caruisset. Quum autem Sctum ipsa hac specie, ubi de pecunia filiofamilias mutua data sermo est, certam quamdam vim, nimirum »actionem petitionemque" eripuerit, reliqua vis remanet, et ab initio inde filiusfamilias non nisi naturaliter obligatus est.

An vero omnes hae species, trium numero, apud nos quoque reperiuntur? Quae secundo loco memorata est quibuscumque sine dubio remittenda videbitur. In nostris legibus nulla est dispositio, quae naturalem obligationem constituit, ubi praeter illam plane nulla adfuisset obligatio. De tertia autem specie dubitari nequit, quin etiam nostro jure adsit. Exemplum est in obligationibus, ex alea ortis. De quibus, si a. 1825. Cod. nostri de jure civili non adesset, nullum foret dubium, quin ad generalem regulam de contractibus pertinerent. Quum autem illud legis praeceptum, etiamsi ab initio, non nisi unum effectum, actionem scilicet, et a. 1827. alium effectum, nimirum novationem (1), sustulerit, caeteri effectus ipso jure supersunt, et soluti retentio competeret, etiamsi a. 1828. deësset. Utrum etiam

(1) Utrum a. 1827. legislator sibi constiterit, hic quaeri non potest. Nec tamen eum defendere auderem.

eo casu, quo lex contrahentium personas obligationis incapaces censuerit, aut obligationem vetuerit nullamve declaraverit, dum si nihil cavisset, obligatio ad generaliorem regulam pertiuuisset et plena vi usa fuisset, an, inquam, etiam eo casu naturalis obligatio existat, ad hanc quaestionem non nisi exactissima interpretatione, historia quoque innitenti, idque in singulis distinctis speciebus, responderi potest, qua efficiatur, utrum lex iis verbis, quibus usa est, actionem tantum denegare an vero quamcumque obligationem tollere voluerit. Est autem animadvertendum, parum hic juvare distinctionem, quae nonnullis placet, legem scilicet ubi quid vetat plenius tollere voluisse quam ubi quid nullum declarat. Parum solido fundamento haec distinctio niti videtur, aut potius mero arbitrio adscribenda esse. Utrum vetandi aut interdicendi verbum plus valeat an minus, in singulis quibusvis casibus inquirendum est. Ita Romanis quoque visum est. Sciendum est, ait Ulpianus, ITA *interdictam* inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure *nihil valeat* quod actum est; — ipso enim jure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur nullius momenti sunt (1).

An prima quoque species apud nos usu veniat, item unice pendet ab explicatione eorum legis praeceptorum, quae pristinam conditionem, quae plenam vim continuit, mutaverunt. Sic v. g. de praescrip-

(1) Fr. 3. § 10. de donat. inter vir. et ux.

tione censendum est. Ut sciamus, utrum post eam naturalis obligatio supersit nec ne, provocari nequit nec ad jus naturale nec ad aequitatem nec ad rei, quae dicitur, naturam. Hoc tantum expediendum est quid lex nostra significaverit, ubi praescriptionem modis tollendarum obligationum accensuerit eaque debitorem liberari declaraverit (1). Inquirendum est utrum non nisi exactionem tollere et ab ea debitorem liberari voluerit, an vero quamcumque obligationem delere. In lege Francica eadem verba leguntur quae in nostra (2). Nonnulli interpretum actionem tantum sublatam esse existimant (3). SAVINIUS (4), qui tamen naturalem obligationem ex naturali tantum jure repetendam censet, contrarium statuit, etiam quod ad codices Austriacum et Borussicum, qui iisdem fere verbis utuntur (5).

Ad quaestionem igitur, an hac illave specie naturalis adsit obligatio, non nisi accuratissima legum interpretatione responderi potest; haec autem interpretio quaeque ex ea sequuntur usu venirent, etiamsi lex nusquam naturalium obligationum mentionem fecisset. Si enim certae cuidam obligationi

(1) A. 1417. B. W. »Verbindtenissen *gaan te niet* door verjaring," et a. 1983. »Verjaring is een middel om van eene verbindtenis *bevrijd* te worden."

(2) A. 1234. C. C. »Les obligations *s'éteignent* par la prescription," et a. 2219. »La prescription est un moyen de *se libérer*."

(3) Cf. ZACHARIÄ Handb. des Franz. Civilrechts. IV. 495.

(4) System V. 407.

(5) »Das Recht *verloren;*" »*verloschenes* Recht;" »Rechte *erlöschen* durch Verjährung;" »*Erlöschung* der Rechte."

quosdam tantum effectus adimit, caeteri effectus integri supersunt, etiamsi nusquam expressis verbis ita sancitum sit. Si quis probare valeat a. 1366. Cod. nostri de jure civili nihil spectasse, nisi ut minores caeterique qui obligationum ex contractubus incapaces declarantur (1), nulla actione ad implendos suos contractus cogi possint, facile perspicietur, caeteros omnes effectus, quotquot sunt praeter actionem, eorum contractubus intactos relinqui, nec praeter ipsum illum a. 1366. alia dispositione opus esse, quae hoc statuat. Item si quis probare possit, a. 1417 et 1983. ejusdem codicis nihil sibi velle, nisi ut praescriptio actionem duntaxat impugnet, cuivis patebit, caeteros effectus non impugnari, sed salvos manere.

Nec necesse erit hanc nostram theoriam fusius probare. Statim enim et necessario procedit ex iis omnibus, quae hucusque disputavimus. Obligatio civilis plena est et absoluta, obligatio naturalis minus plena, utraque vero non nisi ex civilibus legibus repetenda est. Obligatio naturalis nihil aliud est quam obligatio civilis restricta. Ubi in lege quoddam invenitur praeceptum, quod quamdam obligationem impugnat, duae movendae sunt quaestiones: An sine illa legis dispositione civilis obligatio adesset? An ea legis dispositio obligationem non tollit, sed tantum restringit? Quod si fecerit, obligatio civilis restricta deprehenditur, id est naturalis obligatio adest. Nec de effectu

(1) Onbekwaam om overeenkomsten te treffen zijn minderjarigen enz.

naturalium obligationum ex nostra sententia certari potest. Inquirendum est solummodo, quousque pertigerit ea legis restrictio. Si, quod plerumque invenietur ubi obligatio non omnimodo sublata est, actionem duntaxat spectet, caeteri effectus integri supersunt; sin autem ulterius processerit restrictio, ut vidimus in obligationibus ex alea ortis, effectus naturalis obligationis numero sunt minores.

Illud tantum indicavimus, quatenus obligationum *genera*, quae sunt in jure Romano, in nostro quoque jure reperiantur. Sin autem jureconsulti Romani aliud earum obligationum *fundamentum*, aliam censuerint *originem*, sententiae nostrae parum certe hoc oberit, nec quidquam nostra interest, quod de jure naturali, de natura, de pietatis causa, quaeque sunt id generis alia, exposuerint. Mira certe res foret, si Romani, jus naturale parum percipientes, veram ejus rationem cum jure positivo perspexissent. Quapropter, etiamsi nostrae explicationi jus Romanum quam maxime adversaretur, eo falsa probari non posset, ita ut quid eo jure sancitum fuerit non explicantes nihilominus nostro systemati nocituri non simus. Atvero nobis persuasum est, etiamsi juris Romani theoria a nostra deflectat, plura tamen ab iis recepta esse quae cum nostra conveniant. Imo, si praxin spectemus, ipsum nostrum systema jam apud Romanos conjunctum fuit cum diversis principiis ac regulis theoreticis. Ingenio inprimis practico, quod Jctorum Romanorum insigne ornamentum et quasi nativa indoles dici meretur, impediti sunt, quo mi-

nus omnia ex iis regulis deduxerint, quae inde deduci potuissent. In praxi igitur iisque theorematibus, quae eam sequuntur, nostra invenitur sententia; minime autem in illis theorematibus, ubi praxin plane miserint. Nobis autem ibi non esse subsistendum apparet. Quamdiu pugna inter theoriam et praxin nondum perspecta sit, reconciliatione non opus est. Dum autem percipiatur, statim tollenda est. Quapropter dissertatio nostra non nisi conamen est ut reconcilientur, nec minus ut in praxi superius quoddam principium indicemus, quo ad meliora perveniamus. Haec autem, quae de jure Romano diximus, vera esse, alibi probabimus, quum magis ad commendandum, quam ad probandum systema nostrum valeat.

Nec impedimento nobis esse nomen *naturalium* obligationum facile perspicitur, etiamsi plures, eo nomine in errorem ducti, de natura cogitaverint, quapropter, quod ferebat eorum doctrina de ratione inter jus naturale ac positivum, leges miserunt. Verum illud nomen nobis ne adversatur quidem. Desumtum est ex jure Romano; in eo autem jure naturale dicitur quod plena auctoritate in foro civili destitutum sit, ut patet ex dominio naturali, cognatione naturali, patre naturali, liberis naturalibus, naturali possessione (1), aliisque. Magis igitur effectum spec-

(1) Valde animadvertendum, naturali possessione non detentionem tantum, verum possessionem quoque quae dicitur ad interdicta, significari, quam tamen ex jure positivo esse nullus negabit.

tat, quam originem obligationum, ita ut de ea origine nihil ex eo possit probari.

At nostra explicatione recepta nonne praeceptum a. 1395. § 2. Cod. de jure civili supervacuum est? Quod enim pro parte tantum effectu destituitur caeteros omnes effectus retinere videtur, etiamsi expressa legis sanctio desit. Non video quid contra me probaret, si dispositionem plane abundare mihi concedendum esset. Quis enim est qui in codicibus nostris nihil deësse posse existimet? Verum, quod nunc abundat, ideoque si lex aliquando emendabitur ejiciendum erit, ipsi legislatori supervacuum non videbatur. Distinctioni inter civilem obligationem ac naturalem assuetus, postremam cum indebiti condictione conjungere item solebat. Naturales enim obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit (1). Porro, etiamsi legislator in foro civili nostram sententiam recipiendam esse censuerit, quia alia recipi nequit; quod ad theoriam attinet, eam sine dubio non magis amplexus est quam jureconsulti tum Romani tum recentiores. Apud hos quoque plura inveniuntur, quae ad nostrum systema quasi remittant; quod fere ubique, ubi de naturali obligatione quaerebatur, acriter certaverint, inprimis autem ratio, qua in eo certamine versati sint, satis probavit, illos fori usu contemnere quae ipsi sua theoria receperant. Et tamen naturalium obligationum ea-

(1) Fr. 10. de O. et A. fr. 16. § 4. de fidejuss.

rumque effectuum mentionem facere non destiterunt. Idem de nostro quoque legislatore dicendum est. Ipse pugnam nondum perceperat, ita ut theoretice profiteri pergeret quod practice recipere non posset. Nunc demum, ubi theoria quoque aliam naturalium obligationum naturam agnovimus, suadendum est ut in posterum ab hoc vocabulo, quod confusioni ansam praebet, abstineamus, nec singulare quoddam in naturalis obligationis effectu deprehendamus. Ex nostra enim sententia a. 1395. § 2. huc redit: ubi lex cujusdam obligationis vim restrinxit tantum eique actionem ademit cessat repetitio. Et lubentes confitemur, eam regulam juris compendio potius quam legi convenire. Lex enim nullam dispositionem recipere debet, quae ipsa interpretatione jam ex alia dispositione possit deduci.

Et sic intellecta § nostra plane convenit cum fr. 19. pr. de cond. indeb. »Si poenae causa ejus, cui de»betur, debitor liberatus sit, naturalis obligatio ma»net, et ideo solutum repeti non potest," fr. 40. pr. eod. »ubi in odium ejus, cui debetur, exceptio de»tur, perperam solutum non repetitur," et fr. 9. § 4. de Scto Maced. »lii demum solutum non repe»tunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, »non quoniam exonerare eos lex voluit." Immerito enim hi loci vituperati sunt. Principium continent generale ac verissimum, nostro principio plane consentaneum. Savinius quidem se parum iis regulis profecisse censet, imo falsissimas eas apparere existimat in iis speciebus, quae dubitationem non admit-

tunt (1), verum in eo erravisse ideoque cjusmodi sententiam protulisse censendus est, quod eas non ad formam, quo unice spectant, sed ad ipsam rem pertinere putaverit. Etenim non hoc sibi volunt, naturalem obligationem ibi cessare, ubi exceptionis causa in odio quaerenda sit, quo legislator creditorem revera exceperat, verum hoc tantum significant, ubi actio duntaxat sublata est, caeteros effectus superesse, id est manere naturalem obligationem. Quibus casibus quum lex debitorem non omnimodo liberare, verum creditori primariam duntaxat rationem, qua jus suum exercere possit, eripere voluerit, ideo dici potest: »poenae causa ejus cui debetur de»bitor liberatus est," »in odium ejus cui debetur ex»ceptio datur," vel, ut in d. fr. 9. optime explicatum est: »ob poenam creditorum *actione* liberantur, non »quoniam *exonerare* eos lex voluit." Quapropter SAVINIO accedere non possum, qui exceptiones doli

(2) System V. 376. »Noch weit misslicher steht es um die Wahrheit jener angeblichen Regel, die sich in mehreren Fällen der Anwendung, und zwar gerade den unzweifelhaftesten, durchaus nicht bewährt." Rectius jam CHRISTIANSEN l. l. p. 107. »Nur eine Hinweisung auf die verschiedenen practischen Zwecke einer exceptio, welche das Gesetz bestimmen, daneben die Wirkungen einer *naturalis obligatio* anzuerkennen oder zu versagen, finde ich in der l. 9. pr. l. 40. pr. de cond. indeb. l. 9. § 4 de Scto Maced., und halte deshalb die Vorwürfe, welche man den Verfassern dieser Fragmente gemacht hat, grösstentheils für unbegründet." At nimis generalia sunt haec fragmenta, eorumque forma regulam nimis perspicue ostendit, (quod lubens KIERULFFIO l. l. I. 27. concedo) quam ut nihil nisi »eine Hinweisung" videantur; nec pro parte tantum ea defendenda censeo, verum nullo omnino vitio laborare mihi videntur.

ac metus inprimis in odium creditoris datas existimat (1). Certe harum exceptionum neutra ideo introducta est, ut gratum quid fiat creditori, verum nullo modo de debitoribus, qui eas movere possunt, dici poterit: »ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit," et ita tamen in d. fr. 9. expressum est quod alibi audit: »poenae causa aut in odium ejus cui debetur." Hoc igitur sensu dicendum est, doli ac metus exceptiones non »in odium ejus cui debetur" debitori esse concessas, verum contra, ut debitorem exonerarent et ab eo omne damnum arcerent, quod vi et dolo pati posset. Quamobrem temporis quoque exceptio, quae ex vulgari explicatione potius in odium debitoris quam creditoris data esse deberet, quia non creditor poenam meretur sed debitor qui ne longissimo quidem tempore solvit (2), ex nostra sententia sine dubio in odium creditoris data dicenda est (3).

Ratio itaque inter naturalem et civilem obligationem in eo consistit, quod illa minus plena sit obligatio, haec autem plena et absoluta. Differunt vi ac effectu, origine et essentia conveniunt. In naturali quoque obligatione, aeque ac civili, solutio cohaeret

(1) L. l. p. 377. »Es ist bey keiner Exception so gewiss, dass sie *odio creditoris* gegeben wird, als bey der dem Betrüger oder den Gewaltthätigen entgegenstehenden *doli* oder *metus exceptio.*"

(2) CHRISTIANSEN l. l. p. 113.

(3) Uti dicta est a WEBERO l. l. p. 397. Alii autem, uti DONELLUS Comm. XII. 3. § 4 et REINHARDTIUS l. l. p. 34, non nisi Sc**ti** Macedonani exceptionem in odium creditoris datam censent.

cum causa praeterita. In utraque ea causa praeterita communis est populi voluntas, jure positivo expressa (1). Hoc autem vinculum, quod inter solutionem et causam praeteritam intercedit, plane neglectum est a REINHARDTIO (2), qui naturalem obligationem solutione demum ortam censet. Quomodo autem solutio, quae obligationes non contrahit, sed potius, ut ait Justinianus, negotia distrahit, naturalis obligationis causa esse possit, quis est qui intelligat? Nec melius potest exponi, quomodo valere possit solutio, ubi plane nulla obligatio adest. Quod quum recte percepisset CHRISTIANSEN (3), et tamen censeret, naturalem obligationem nullam esse obligationem, soluti retentionem non ex eo deducere debuit, quod quaedam hic exstaret obligatio, sed ex re longe diversa. Eam non nisi ex libera voluntate ejus, qui solverat, repetendam censuit; hic enim, ut ait, indebitum solvere voluit, nec errore tollitur ea voluntas. At ita ipse evertebat quod antea agnoverat, rationem scilicet

(1) Nec refert utrum communis illa voluntas obligationem constituerit, quae a debitoris voluntate nullo modo pendeat, an contra cum hac voluntate eam intime conjunxerit.

(2) L. l. p. 43. »nicht ursprünglich schon war eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, sondern sie entstand erst durch Leistung des Abtrags, wurde aber eben hierdurch als eine bleibende begründet, weil in Folge solcher der geleistete Abtrag nicht mehr zurückgefordert werden kann." Aliquanto melius LUDEN l. l. p. 88. »Die Natural-Obligationen werden, so lange sie nicht befriedigt sind, rechtlich als gar nicht vorhanden, wenn sie aber befriedigt sind, als vorhanden gewesen erachtet."

(3) o. l.

inter solutionem et causam praeteritam. Porro (1), si error non impedit, quominus ea voluntas exstet et valeat, soluti retentionis causa non nisi in ea voluntate quaerenda est, id est in animo donandi; consulto enim dati donatio est. Ex duabus alterutrum valet: ea voluntas errore sublata aut non sublata est. Si eo sublata est, nullius rei causa esse potest; sin minus, soluti retentio non ex naturali obligatione, quo tamen semper refertur, sed ex donatione repetenda est. Si naturalis obligatio non est obligatio, ratio inter eam et solutionem non magis valet quam ratio inter aliam quamcunque causam non obstringentem ac praestationem, quae ei innititur. Sin igitur hoc casu repetere nequeam »quia donare volui quamvis falso mihi persuaserim (2)," etiam in naturali obligatione repetere non possum ob eandem causam, nempe quia donare volui. Quare autem, si voluntas adsit indebitum solvendi, fundamentum obligationis, et quidem in communi, qui est de honesto, sensu, quaeratur, non video. Si enim voluntaria est solutio, nullo fundamento, nulla naturali obligatione opus est; sin

(1) Ne verbum dicam de erronea erroris ac voluntatis explicatione. Quare enim error hic nullum effectum habebit? Quia etiam in naturali obligatione ratio adsit, etiamsi jure non agnoscatur, inter solutionem et causam praeteritam, ita ut non in ipsa ratione, sed tantum in ejus qualitate erratum sit. At vero illa ratio *jure* non exstat; jure non agnoscitur; quomodo igitur quidquam in jure efficiet, quod sine ea adesse non posset? Et quomodo erronea unius obligationis solutio alterius obligationis agnitionem continere potest?

(2) Fr. 65. § 2. de cond. indeb.

autem solutio minime repetenda est ex voluntate indebitum solvendi, ita ut soluti retentio non nisi jure ac obligatione niti possit, naturalis obligatio vere est obligatio. An quis putat, solutionem (haud voluntarie ac scienter factam), quae propter obligationem locum habuit, jure valituram esse, si ipsa illa obligatio jure non valeat, id est non existat?

Cum hac autem nostra sententia, in naturali scilicet obligatione *juridicam* esse rationem inter solutionem et causam praeteritam, ita ut vere sit obligatio, nullo modo pugnat, quod debitor naturalis ad solutionem cogi nequeat. Ratio inter solutionem et causam praeteritam in naturali obligatione haec est, ut quod solutum sit non possit quasi indebitum condici. Hoc jus exstat ante solutionem, et quidem statim ac nata est naturalis obligatio; quod vim suam non exerceat, antequam rerum conditio ejusmodi sit, ut eam exercere possit, nemini mirum esse potest. Num autem jus ideo non exstat quoniam effectum habere nondum potest? Etiamsi naturalis obligatio vim suam nondum manifestet, attamen exstat. Et si verum esset hoc ex compensatione effici non posse, quasi compensatio nihil sit nisi soluti retentio, patet tamen ex novatione et constituto, ex pignore ac fidejussione (1).

---

(1) Parum valet quod ait CHRISTIANSEN l. l. p. 10. »daraus was aus einem Dinge *werden* kann, lässt sich nicht ersehen, was es *jetzt ist*." Etenim si quid accessoria habere potest, ipsum principale jam sit necesse est. Naturalem obligationem non esse »ein *Forderungs*verhältniss," perspicuum est; actio enim, »die Forderung" deëst. At nec extra CHRISTIANSENII Institutiones tale

Nec quisquam in errorem se duci patiatur, quod juris et obligationis notiones sibi invicem oppositae sint, ita ut ubi obligatio adsit etiam jus existat. Hoc enim verissimum quidem est, sed facillime quidam eo abuterentur. In naturali obligatione debitor ad nullam praestationem obligatus est, quapropter etiam creditori nullum jus competere videtur, adeo ut tota haec ratio cum jure et obligatione nihil habeat commune. Et revera, actu obligatio non manifestatur, et actu creditoris quoque nullum jus apparet; potentia autem ab una parte juris, ab altera obligationis effectus reperitur (1). Ut etiam actu vim suam exerceant, utraque factum quoddam, novam rerum conditionem, exspectat. Debitor non est obligatus ut praestet, verum ut si quandoque praestiterit non repetat; et creditor non habet jus petendi, verum solutum retinendi. Itaque naturalis obligatio solutione non incipit; imo, ante solutionem existit; potentia effectu jam gaudet; actu vim suam solutione demum manifestat, eaque solutione ipsa perimitur. Post solutionem debitor obligatus est ne repetat, at caeteri quoque omnes ne repetant obligati videntur (2). Eo au-

---

quid defenditur, cujus obscura effata »das Behalten stelt sich als Fordern dar" et »er fordert, dass er behalte" a nostra CHRISTIANSEN satis refutata sunt.

(1) Naturalis obligatio ab obligatione sub conditione eo differt, quod illa non nisi effectus, hic autem jus ipsum potentia duntaxat reperiatur. Obligationem in diem cum obligatione sub conditione hac in re convenire, et certo tantum differre, ita ut neutra indebiti condictionem excludere debuisset, alibi ostendimus.

(2) Quod urget CHRISTIANSEN l. l. p. 18.

tem differunt, quod creditor naturalis adversus caeteros omnes ad dominium suum, adversus debitorem autem, nec nisi adversus hunc, ad naturalem obligationem provocet. Debitoris igitur naturalis obligatio post solutionem non est caeterorum obligatione major, sed alio nititur fundamento. Etiamsi nulla adesset naturalis obligatio, ita ut solutum condici posset, tamen qui acceperat adversus caeteros omnes ad dominium suum provocaret. Ante solutionem autem debitoris obligatio caeterorum obligatione major est omnino, aut potius solus obligatus est, ut aliquando solutum non repetat, quod optime patet ex compensatione; adversus nullum enim praeter naturalem debitorem creditori competit jus compensandi; et obligatio, ut compensationem admittat, mere personalis est ac debitori unice propria. Ubi solutum retinet creditor naturalis (1), provocat ad obligationem quae non existit sed exstitit tempore solutionis eaque soluta est. Quod ea utatur forma exceptionis, non negationis, hinc explicandum est, quod nullo modo indebitum stricto sensu solutum esse negare possit. Si quis ad fr. 64. de cond. indeb. »Debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est" remittat, hunc locum magis effectum quam formam spectare respondeo, et provoco ad fr. 10. fr. 108. de V. S. fr. 41. de pecul. fr. 16. § 4. de fidej. Qui solvit sic ait: Tibi solvi quod solvere non fuit necesse. Hoc

(1) i. e. qui creditor naturalis fuit. Solutione enim creditor esse desiit.

autem creditor naturalis negare nequit; nihil respondere potest nisi hoc: At solvisti quod, quandoque solutum, tibi repetere non licet. Hic igitur provocatur ad obligationem jam exstinctam; haud ita in compensatione et pacto de non petendo (1). Hic enim creditor naturalis provocat ad obligationem, quae adhuc exstat. Ubi compensatio locum habet, actor ait: C. mihi debes ex mutuo; reus autem respondet: at tu mihi in eandem summam obligatus es, ideoque retineo (2). Idem valet de pacto quod est de non petendo. Actor enim contendit C. sibi ex mutuo deberi; reus autem respondet: at naturaliter mihi obligatus es ne petas (3). Negari quidem non potest, civili

(1) Quod dicitur *ipso jure* compensari, id de tempore duntaxat intelligo, non de ratione compensandi.

(2) Immerito CHRISTIANSEN l. l. p. 21. »In der *exc. compens.* verweigert der Beklagte die Zahlung bloſs deshalb, weil er die von ihm geschuldigte Quantität betrachten kann als eine seinem Creditor geleistete, und von diesem als Debitor desselben Objects zurückgeleistete Quantität; er behauptet, dass das bisher durch die Nichtzahlung factisch bestandene negative Verhältniss ganz dasselbe Resultat enthalte, welches eine reëlle Erfüllung von beiden Seiten herbeigeführt hätte." Si enim res ita consideranda esset, quasi debitor civilis creditori civili, hic autem quippe debitor naturalis naturali creditori solvisset, creditor naturalis simplicissima ratione posset negare, et hujusmodi verbis uti: nihil tibi ex mutuo debeo; nam exstincta est ea obligatio solutione.

(3) Iterum immerito CHRISTIANSEN l. l. »Die aus dem *pactum de non petendo* erworbene naturale Forderung des *deb. civ.* ist von selbst vollständig erfüllt; denn der *cred. civ.* kann jetzt nicht mehr mit Erfolg klagen, und der Debitor ist dem Erfolge nach frei von seiner Verbindlichkeit, so lange er nicht freiwillig leistet." Si naturalis obligatio jam impleta ideoque soluta erat, creditor civilis non amplius naturaliter obligatus esset ne pe-

debitori, qui jus compensandi aut pactum de non petendo neglexerit, ideoque errore solverit, indebiti condictionem competere, at inde non sequitur, eam solutionem *ideo* indebiti solutionem esse, quia civilis obligatio jam impleta erat et soluta. Ejus indebiti condictionis alia ratio est. Qui naturalem scilicet obligationem cum civili compensare potest, a creditore civili ad praestationem cogi nequit nec quidquam amittat necesse est. Quapropter si ex civili obligatione, quam ita tollit, solvat, naturalis quidem obligatio ei salva manet, verum nullo modo ei prodest, ni nova quaedam res eaque satis incerta contigerit. Errore igitur factum est, ut jus suum exercere non possit. Eam ob causam restituendus est; nec nisi indebiti condictione potest restitui. Etiamsi civilis obligatio non erat sublata, ejus effectus tamen naturali obligatione delebatur. Propter hanc enim a debitore nihil exigi poterat; sin itaque solvit, praestitit quod praestare non fuit necesse, id est indebitum. Nec quidquam contra haec omnia valet fr. 51. de cond. indeb. »Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus repetere non possumus." Verba nimis perspicua sunt quam ut vocabulum *scientes* interpretatione nostra quasi intrudamus (1). Attamen impedi-

---

teret, ita ut actione sua summo jure uti posset. An vero pacto de non petendo una cum naturali obligatione (quae eo nascitur!) civilis quoque tollitur? At nusquam modis solvendarum obligationum Romani pacta annumerarunt.

(1) Ut fecit WEBERUS l. l. p. 429.

dimento nobis non est. Ad eas species pertinet, quae in fr. 33. eod. et alibi memorantur. Si quis bona fide in alterius area aedificet, non opus est ut restituat nisi impensae ei resarciantur; actione autem eas impensas repetere non licet (1). Retentionem habet, petitionem non habet. Sin autem restituit, indebiti condictione uti non potest. Ratio redditur a Juliano: »quia nihil accipientis fecit sed suam rem dominus habere incepit." Et sufficit haec ratio, ut appareat, eam speciem cum nostra re nullo modo conjunctam esse. Eo tantum conveniunt, quod in utraque specie qui solverit aut restituerit jus suum effectu destituerit; eo autem differunt, quod unus »aliquid accipientis fecerit," de altero autem idem dici nequeat.

Naturalem obligationem autem esse rationem juris, nec nisi eam rerum conditionem deësse, quae ut vim suam manifestet requiritur, ita ut voluntas debitoris nihil ad rem faciat, ex eo imprimis prodit, quod ea conditio existere possit sine ejus voluntate, imo contra eam, si scilicet creditoris naturalis creditor fiat. Eo casu jure cogitur ut naturalem suam obligationem impleat, adeo ut dici nequeat, naturali obligatione voluntatem nullo modo esse constrictam. Creditor non statim cogere potest, sed novas res exspectare debet (2).

(1) Cff. quae de ea re diximus in Jaarb. etc. cui addatur imprimis fr. 14. §. 1. comm. div.

(2) Eadem sibi objicit ipse CHRISTIANSEN l. l. p. 136. sqq. Quaerit, quomodo compensatio ad voluntatem debitoris possit referri. Ab eo pendet, ut ait, utrumne ipsa naturali obligatione debitoris

Obligationis definitiones, quibus juris vinculum dicitur, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura, quove obstringimur ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum, naturalis obligationis nullam mentionem faciunt. Neque hoc fit quia obligatio non est, sed quod plena et absoluta actio describitur, quemadmodum qui dominium definire velit non enumerat modos, quibus restrictum esse possit, sed tantum plenum et absolutum dominium definit. Naturalem obligationem eamque, ex qua non nisi retentio competit, ut est domini obligatio adversus bonae fidei possessorem, eatenus duntaxat continent, quatenus quod plenum est id amplectatur quod est minus plenum, et in principio totum systema lateat. Per se autem non nisi de plena obligatione agunt, quae actione insignis est. Et ita scribi potuit fr. 10. de V. S. »Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque *actione* vel *persecutione*," et fr. 108. eod. »Debitor

---

voluntas manifestata sit, nec nisi hac specie compensationem locum habere putat. Verum ita, ut nomen retineatur, a voluntate, quae solutione appareat, ad voluntatem repellimur, quae ipsa naturali obligatione ostenditur. Et ipsi huic systemati adversatur, quod p. 140 sq. compensationem non admittat, ubi civilis obligatio exceptione, veluti praescriptione, vi sua destituta sit. Hic enim debitoris voluntas satis apparet in civili obligatione, quae (p. 84 sq.) jam per se etiam naturalis obligatio est. Nec dubium mihi videtur, quin fr. 14. de compensat. cum SAVINIO System V. 404. ex fr. 6. eod. restringendum sit. Et voluntatem debitoris ubivis deësse, ubi exceptio adsit, admitti nequit, ut ex ipsa praescriptione perspicitur.

intelligitur is a quo invito *exigi* pecunia potest." Et, quia obligatio ita plenam obligationem significare inceperat, quae actione conspicua est, ideo dici potuit, naturalem obligationem, quae actione caret, obligationem non esse, creditorem autem et debitorem naturalem ita non nisi per abusionem vocari (1), verum eo non significabatur, eam ad obligationes non esse referendam. Quod autem bonis non accensebantur naturales obligationes, id ideo factum est, quia rerum conditio, qua bona augere possunt, incertissima est (2).

Quum igitur naturalis obligatio non sit nisi obligatio civilis restricta, ubi de una alterave exceptione agitur, hoc tantum quaeri potest, utrumne *existat* naturalis obligatio. Quaestio, num ea naturalis obligatio, quae existit, jure quoque valeat, ex nostro systemate absurda foret, quia civilis obligatio, quae jure non valet, cogitari nequit (3). Secundum theoriam autem, quam impugnavimus, etiam haec quaestio movenda est, nec ab altera pendet. Jcti Romani de illa tantum agunt, fr. 10. de Sct. Maced. fr. 19. pr. de cond. indeb. »naturalis obligatio *ma-*

---

(1) Fr. 41. de pecul. fr. 16. §. 4 de fidej.

(2) Immerito CHRISTIANSEN l. l. p. 25 sq. provocat ad fr. 25. §. 11. de her. pet. Obligatio ad remunerandum non est obligatio naturalis, cf. DONELLUS Comm. XII. 2. §. 6. MÜHLENBRUCH Archiv. f. Civ. Pr. II. 393. SAVIGNIUS System. IV. 92. Quis est qui donatori jus compensandi tribueret?

(3) Civilem obligationem significo, quae *numquam* valeat. Ne quis igitur obligationem in diem objiciat.

net (1)." Quam ob causam in fr. 41. de cond. indeb. et fr. 59. de O. et A. non effectus, sed existentia tantum naturalis obligationis negatur. In eo tantum errant, quod propter theoriam, quae ex naturali jure eam repetebat, scripserint: »nec *natura* debet et ne quidem *jure naturali* obligatur," dum scribere debuissent: »nec *naturalis obligatio* manet."

Eorum omnium, quae disputavimus, haec est summa: Ad quaestionem, an naturalis obligatio adsit, non nisi ex lege responderi potest, et mere exegetica est; ad jus autem naturale, aequitatem, humanitatem, quidquid ad legem non pertinet, nullo modo animadvertendum est.

---

(1) Nec nisi ex suo systemate CHRISTIANSEN l. l. p. 102. hic deprehendere potuit »eine ungenaue Ausdrucksweise." Ratio, qua REINHARDTIUS l. l. p. 43. vocabulum *manet* explicuit, inepta est.

THESES.

I.

In fr. 8. de praescr. verb. *quoque* remittendum est inter *datam* et *aestimationem.*

II.

Sana ratio est, quare in fr. 5. § 2. eod. in eum qui sciens dedit de dolo actio detur, etiamsi simul competat actio in factum civilis. At in fr. 14. pr. et fr. 15. eod. nulla ratio est.

III.

In § 2. I. quib. mod. obl. toll. verba *praesens in diemve* referenda sunt ad *quidquid*, quod praecedit, non cum HUGONE (Civ. Mag. II. 422 sqq.) ad vocem *actio*, ut *quarumque* sit i. q. *quarumcunque*, quod in pluribus MSS. legitur. *Praesens* de obligationibus sexcenties dicitur, de actionibus numquam.

IV.

Kellerus (Ueber Litis-Contest. p. 435) ignorare se fatetur, qualis fuerit tributoriae actionis formula. Nobis hujusmodi fuisse videtur: »Maevius judex esto. Quod sciente Gaio patre (domino) Seius filiusfam. (servus) in peculiari merce negotiatus est, quidquid ob eam rem Seium (si liber esset) Titio dare facere oportet (oporteret), id judex Gaium patrem (dominum) ut pro rata portione tribuat condemnato." Neque adversatur fr. 11. § 7. de instit. act.

V.

In fr. 13 § 3. de act. emt. pro *interest* legendum *non interest*. Idque etiam Donellus (Comm. XIII. 3) existimasse videtur.

VI.

Distinctioni in fr. 8 § 11. ad Sct. Vellej. factae non est accedendum. Nulla est discriminis causa. Responsum tuentur Glossatores (at cf. fr. 2 de duob. reis et § 1. I. eod.) et Donellus (Comm. XII. 31).

VII.

Papinianus in fr. 118 § 1. de V. O. subtiliter magis quam vere respondit.

VIII.

Fr. 2 § 2. quib. mod. usufr. amitt. Interpretes nondum intellexerunt. *Cum — ut concurrant* est primus casus, in quo recte decidit Jctus, legatarios impediri. *Multum — alternis annis* continet secundum casum, quo ipse testator jussit ut concurrant. Jam in his duobus casibus nullum esse potest dubium, neque ulla voluntatis quaestio. Quapropter

censemus, verbis *nam si — vacabit* tertium contineri casum quo dubia est testatoris voluntas, ut de ea quaeri debeat, veluti si dixerit: Titio et Maevio do lego usumfr. fundi alternis annis, neque addita voc. *simul* nec voc. *singulis*. Si igitur concursui obstat testantis voluntas, non utendo per modum et tempus impedient se invicem; sin autem non refragetur, tamen non continuis annis concurrent, verum alternis duntaxat. Nec cuiquam obloquemur, qui hunc casum a Papiniano expressum ejusque verba ante *nam si* excidisse putet. *Singulorum annorum* scil. alternorum; et ita jam Glossa.

IX.

Minus recte SAVINIUS (System. III. 99-105, 115-119) rationem juris, quod est de metu et dolo, non in coarctata (minime sublata) metuentis deceptive voluntate positam censet, verum unice in adversante juri turpitudine minitantis decipientisve, »lediglich in die rechtswidrige Unsittlichkeit des Drohenden und des Betrügers." Idem hic valet quod contra sententiam de jure possessionis in laudatissimo libro expositam attulit GANSIUS.

X.

In fr. ult. de condit. instit. omnia sana sunt, dummodo cum AVERANIO (auctoritate verborum praecedentium *dum moritur* et *moriente eo*) rejiciamus verba *quum filius moreretur*. Nec opus erit, ut cum eo verba *quemadmodum si* explicemus de causa dissimili *quemadmodum* OBSTARET *si*, quum ipsa verborum ratio potius accipere suadeat de causa simili *quemad-*

modum NON OBSTARET *si*. Finge patrem ita scripsisse: »Nepotes mei heredes sunto. Filius meus, si Titio decem dederit, exheres esto." Conditio exheredationis deficit morte filii; filius igitur exheres non est; immo nec heres; etenim post mortem demum deficit conditio. Quum itaque filius testamento neque heres scriptus sit neque exheres, testamentum destituitur et res redit ad causam intestati. Ab intestato itaque defertur nepotibus hereditas, neque iis obstat filius, cui numquam fuit delata. Cf. fr. 1 § 8. de suis et legit. Casus certe ibi relatus, si CUJACII mutationi accedamus, etiam hic reperitur; verum non dubito, quin violentiorem eam judicaverint omnes.

XI.

Fr. 23. pr. de lib. et post. sic explicandum est: Agnatione postumi praeteriti rumpitur testamentum, non item instituti (cf. fr. 18. de injusto) aut exheredati, dummodo licita sit exheredatio, quae si non valet, postumus non est exheredatus sed praeteritus. Exheredatio autem non valet in extraneo, qui ideo agnatione rumpet testamentum. Quid autem si emancipatus sit exheredatus et postea arrogatus? Rumpetne testamentum? Quaestio ex eo pendet, an teneat exheredatio. Si extraneus habendus sit, non valet; sin minus, valet. Valet autem exheredatio emancipati jure Praetorio, quia jura naturalia in eo praevalent (fr. 8 § 9. de b. p. c. tab.), quia, etiamsi non sit amplius in patria potestate, tamen plane extraneus videri nequit, quo fit, ut si iterum arrogetur

non translatus videatur in patriam arrogatoris potestatem, sed redditus tantum. Extraneus autem non redderetur, sed transferretur, et primum induceretur. Quia itaque valet exheredatio, postumus non praeteritus est sed exheredatus, ideoque non rumpit testamentum sed nocet ei exheredatio. Nec quidquam refert, utrum ea agnatio fiat ipsa statim arrogatione, an demum in sui locum successione, quod fit si in locum nepotis arrogatus sit.

XII.

Verbis *quam ultro egisset* in fr. 15. de op. nov. nunt. non significatur actio negatoria, ut vult RUDORFFIUS (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. IX. 33), sed confessoria.

XIII.

Sctum, de quo est in § 2. I. de usufr. minus recte a PUCHTA (tum in Rhein. Mus. III. 82 sqq. tum in Cursus etc. I. 292.) Ciceronis temporibus adscribitur.

XIV.

In fr. ult. qui pot. in pign. verba *donec universum debitum suum consequatur* non cum verbo *acquisivit*, sed cum verbis *praeferenda sit* conjungi debent, ita ut significent i. q. *quod ad reliquam debiti partem.* Quapropter verba *post priorem obligationem* significant non indefinite, post illam obligationem, verum post illam usque ad secundam obligationem, qua fisco obstricta est.

XV.

Praescriptum Justiniani de specificatione (cui vocab. in Brachylogo civitas data est) immerito vituperatur,

ac si Justinianus, quoniam melius nihil videret, *medium* sententiam censuisset eligendam.

XVI.

In fr. 215. de V. S. pro *et si* ligendum *si*. Locus accipiendus est de vindicatione, quae manu fit, non judicio.

XVII.

Omnes contractus, qui dicuntur innominati, bonae fidei sunt; et latet ratio, quare, quum Tit. 5. Lib. 19. Dig. generalis sit, praecedant duae species et specialiter exponantur.

XVIII.

Ulp. in L. XXXIV. ad Sab. egit de dotis repetitione, quacum fortasse jungendum esse fr. 28. de injur. docet SMALLENBURGIUS, qui tamen necessitudinem non videtur perspexisse. Nihilominus revera cum ea cohaeret, ac qualis fuerit ratio sumendum est ex fr. 8. pr. de procurat.

XIX.

Immerito praeceptum, quod est in fr. 3 § 1. de coll. et corp. reprehenditur a PUCHTA (Curs. II. 270).

XX.

In a. 1 et 2 § 1. legis nostrae cui nomen Wet houd. Alg. Bep. legis effectus pendet a promulgatione; in a. 2 § 2. ab eo, an civibus innotuerit; quae sibi obsunt. A. 2 § 1 ob a. 1. partim abundat. Num leges *obstringunt* antequam *valeant* (*verbinden* voor zij *werken*)? Leges non obstringunt *quia*, sed *simul ac* a rege promulgatae sint. Ratio, quare ob-

stringant, est quia ab ordinibus generalibus una cum rege latae et ab hoc promulgatae sunt, aut, si primam rationem quaeras, quia populi voluntatem continent.

XXI.

A. 5. C. nostri de jure Civ. ab omni parte indefinitus est. Spectatne tantum jus civile? Id suadet tum locus tum a. 1. At obstat a. 8, qui eo casu hujus a. pars esse potuisset nec de *aequiparando* dicendum habuisset; nec minus a. 9., quae enim ibi enumerantur non privata tantum, sed etiam publica jura perimere videntur. Sin autem quis eas ob caussas censeat, a. 5. eam esse legem, quam THORBECKIUS (Aant. I. 48 sqq. Proeve a. 8. Ontwerp a. 9.) desiderat, quemadmodum in Belgarum lege fundamentali diserte ad Cod. de jure Civ. remittitur, ei adversatur locus et a. 1.

XXII.

A. 115. eod. (coll. a. 84. 116, 4°. 117. 118.) ponatur post a. 118. et sic mutetur: »ook de echtgenoot, die etc." SASSENIO autem (Bered. Overz. p. 124) immerito abundare videtur. Posset autem quis ita ratiocinari: »a. 116—118. generales sunt; a. 115. specialis est; species generi derogat; igitur etc.," quod confirmatur a. 114. Ob utramque rationem a. vitiosus est.

XXIII.

A. 622. eod. *Tot teruggave.* Nomen quod nondum in titulo de possessione usurpatum fuit, nec prodest perspicuitati; a. 619. agit de actione *tot her-*

stelling, a. 618. de actione *tot herstelling* EN *handhaving*. Hoc igitur nomen technicum factum est (rectene an perperam? nullus dubitabit). At *handhaven* OF *herstellen* duas exprimit diversas notiones, et de actione *tot handhaving*, quae ubi agitur de *priore* possessore, qui possessionem *amisit*, cogitari nequit, jam dictum est in a. 615 et 616. Ille autem a. 616. permirus est. Agit de actione *tot handhaving*, itaque de eo qui possessionem non amisit, et tamen dicit possessionem *haberi* quasi numquam amissam, quae *vere* non amissa est; item *jus* possidendi non amissum ait, quum nec ipsa *corporalis possessio* amissa sit. Rejiciatur a. 616, et a. 622. sic mutetur: »Indien de eisch der possessoire actien wordt toegewezen, wordt de stoornis of ontzetting beschouwd als niet geschied."

XXIV.

A. 845 § 2. eod. redditus est ex a. 612 § 2. C. N., at oblitus est legislator regulam, quae principiis rejectis nec consequentias retinere jubet. Jure Francico *légataires à titre universel* ii quoque sunt, quibus testator omnia sua bona certi generis, veluti mobilia aut immobilia, eorumve certam partem legaverit. Ili autem apud nos legatarii sunt (titulo singulari). Jure Francico itaque is est *usufruitier à titre universel*, qui habet usumfructum dimidiae partis rerum mobilium, quo casu praeceptum a. 612 § 2. omnino requiritur. Nostro autem jure usufructuarius titulo universali is tantum est, qui habet usumfructum certae partis omnium bonorum, ita ut valde improbanda

sit a. 845 § 2. Nulla requiritur taxatio, simplicissima divisio sufficit.

XXV.

Ex nostrae legis principiis, quae conditiones dividit in suspendentes et resolventes, a. 1290 sq. improbandi sunt. Videntur enim de utraque conditione agere, quum vere non nisi de suspendente dicunt, quia in resolvente plane contrarium valet. Ipsa autem ea principia mittenda sunt. Omnes conditiones suspendunt, sive contractum sive solutionem obligationis.

XXVI.

Discrimen essentiale inter societatem et corpus morale hoc est: societas plures personas conjungit; corpus morale unam efficit personam (unde rectius dicitur persona juridica). Ex quo sequuntur: 1°. societas morte unius pluriumve sociorum solvitur, quoniam *coexistentia* sublata est; non item corpus morale, quia *unitas* durat in novem personis aeque ac in decem. 2°. Socii *personaliter* obligantur; non item qui corpore morali continentur, quia in eo nec personae cernuntur nec earum bona, verum unitas tantum ejusque bona. 3°. Societas lucrum spectat, quod dividatur; non item corpus morale; quia inter unitatem *dividi* nequit. 4°. Bona societatis *communia* sunt; non item bona corporis moralis; unitatis sunt, in qua nulla est communio. Ex quibus patet, ne anonynam quidem societatem, quae lucro studet, corporibus moralibus accenseri posse.

XXVII.

Judices in sententiis suis muneris sui auctoritate ipsi provocare debent ad a. 2014. Cod. nostri de jure Civ. Nec enim de praescriptione agit. Rectius igitur ex eo tit. abesset et sequeretur a. 629.

XXVIII.

A. 119 § 2. C. M. praeceptum probandum est. Verba autem *ook voor deszelfs teruggave* rejiciantur. Acceptatio non obstringit nisi propter conventionem, quae hac specie nondum exstat.

XXIX.

A. 152 § 1. eod. addendum fuisset praeceptum legis Borussicae (II. 8 § 856): »Ist ein solcher Wechsel am letzten Tage eines Monats ausgestellt, und der Monat, worin die Zahlung geschehen solle, hat weniger Tage; so tritt die Verfallzeit am letzten Tage des Zahlungsmonats ein."

XXX.

A. 551. C. de meth. proc. in caus. civ. conciliari nequit cum a. 1256. C. nostri de jure Civ. Hic intra mensem, illic post mensem demum agendum est.

XXXI.

Leges de methodo procedendi in causis poenalibus, quae valent tempore rei judicandae, applicandas esse, non vero eas, quae vigent tempore criminis perpetrati, defendendum contra CHAUVEAU et FAUSTIN (Theorie du C. P. I. 15 sq. Ed. Brux.)

XXXII.

Poenae propositum est injusti sublatio. Merito ab HEGELIO (Werke VIII. 140.) negationis negatio dici-

tur »die Verletzung und Negation der Verletzung." Quum autem injusti negatio eo major esse debeat quo magis ipsum jus negaverit, nulla poena est nisi jure talionis, nec tamen, quod voluit KANTIUS (Werke IX. 181 sqq.), ut poena eadem sit ac maleficium, verum ut in poenis idem ordo observetur qui in maleficiis.

XXXIII.

Mortis poenam immerito alii rejiciendam censuerunt ideo, quod nemo se hac poena affici voluerit; nec enim punitur maleficus quia puniri voluit sed quia maleficus est; alii (et ita KRAUSIUS Abriss des Syst. der Philos. des Rechtes p. 164) ideo, quod *qualis* sit ratio inter hanc vitam eamque, quae praecedit et sequitur, nos lateat. Unica juris ratio, propter quam rejici mereatur, haec est, quod non sit necessaria.

XXXIV.

Praescriptio et successio, tum testamentaria tum ab intestato, a jure naturali immerito exulant.

XXXV.

Jus naturale non per se subsistit, sed pendet a philosophia generali, ejusque praecipua parte, metaphysica. Quid sit jus repetendum est ex Dei notione. Juris naturalis studio is tantum proficiet, qui universam philosophiam pertractaverit. Unde intelligitur, quantopere Jcto opus sit studio metaphysices.

XXXVI.

Non juris tantum, verum omnes disciplinae a Deo repetendae sunt. Earum cultores in dies magis per-

spiciunt, singula sua studia intimo vinculo juncta esse, tenduntque ad panharmoniam. Varia autem disciplinarum principia vere jungi nequeunt, nisi uno fundamento superstructa sint, quod est Dei notio, rerum earumque notitiae fontis.

XXXVII.

Risum et indignationem movet, quod ait JACOBIUS (Werke III. 384. sq.): »Es ist das Interesse der Wissenschaft, dass kein Gott sey." Hoc effatum eodem redit, ac si quis dicat: »Es ist das Interesse der Wissenschaft, dass keine Wissenschaft sey." Si enim Deus non existit, nec scientia existit.

XXXVIII.

Vulgaris illa formula, qua fisci ratio cum privati patrisfam. ratione conferri solet, vitiosa est; et maxime hodie errant, qui, ea nitentes, *parcimonia* tantum Reip. medicinam afferri posse statuant. Potius idem nobis cordi sit, quod anno 1527. de Suesia censuit Gustavus Wasa, et ita a RAUMERO (Gesch. Europ. II. 130.) refertur: »Die Ausgabe übersteigt bedeutend die Einnahme, und diese muss erhöht werden, weil man jene nicht ermässigen könne."

XXXIX.

Jcto commendanda sunt verba HEFFTERI (Rhein. Mus. III. 485): »Man missbraucht jetzt nicht selten das Beispiel der Röm. Juristen, um die Billigkeit gegen das Recht geltend zu machen, aber man sollte ihnen vor Allem ablernen, es auf *juristische* Weise zu thun; für die Geltendmachung überhaupt bedürfen wir ihres Beispiels nicht."

XL.

Doctrina, quae docet omnia *in* Deo esse (Panentheismus), immediate sequitur ex religionis Christianae dogmate, quod est de mundi creatione.

XLI.

Obligatio naturalis non ex jure naturali sed unice ex jure positivo repetenda est, in quo non tantum ejus vis, sed etiam fundamentum est.

XLII.

Jus naturale perfectam exponit juris speciem; ejusque applicatio est jus positivum.

XLIII.

Jus naturale tum agnoscit tum reformat jus positivum. In judiciis autem ad hoc tantum, non ad illud provocari potest.

XLIV.

Tib. Gracchi legem agrariam cum aequitate magis convenire quam cum stricto jure censet HEERENIUS (Kleine histor. Schriften. I. 181 sqq.). Nos contrarium defendimus.

XLV.

Recte FICHTIUS in op. System der Rechtslehre (Nachgel. Werke II. 493-651.) nusquam repetiit sententiam olim propositam, nimirum nullam esse necessitatem adimplendi contractus, nisi alter quocum initus sit a sua parte illum adimplere coeperit.

XLVI.

In Cic. Tusc. Disp. I. 38. § 92. verba. *Quasi vero quisquam — non modo ipse*, et vocab. *vero* post *Endymion* spuria sunt.

XLVII.

In Cic. Or. pro Caec. C. 26. § 74. pro *testamento* legendum est *sine testamento.*

XLVIII.

In TACITI Hist. III. 49. pro »interfectorum centurionum *ordines*" legendum: »[redacted] centurionum *ordinationes.*"

XLIX.

In TACITI Annal. XII. 6. »At enim nova nobis in fratrum filias conjugia, sed aliis gentibus sollennia nec ulla lege prohibita, et sobrinarum diu ignorata tempore addito percrebuisse" voc. *sobrinarum* tum ab HUGONE frustra sollicitatur tum a LIPSIO temere explicatur: *consobrinarum.*

L.

Perperam JAUCHIUS (de negat. c. 14. n. 19): »Ad emendationem textus non confugiat criticus, nisi vel ex codicibus manuscriptis seu antiquis editionibus, vel ex lectionis, quam emendat, manifesta absurditate aut obscuritate appareat, locum emendandum in mendo cubare."

